

**FUNDAÇÃO UNIVERSIDADE FEDERAL DE RONDÔNIA – UNIR
CAMPUS – PROFESSOR FRANCISCO GONÇALVES QUILES – CACOAL
DEPARTAMENTO ACADÊMICO DE DIREITO**

GISLENE DE LAPARTE NEVES

**JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL E DIREITO À SAÚDE NO BRASIL –
PARADIGMAS PROCEDIMENTAIS E SUBSTANCIAIS DO ESTADO
DEMOCRÁTICO DE DIREITO**

**TRABALHO DE CONCLUSÃO DE CURSO
MONOGRAFIA**

**Cacoal – RO
2016**

GISLENE DE LAPARTE NEVES

**JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL E DIREITO À SAÚDE NO BRASIL –
PARADIGMAS PROCEDIMENTAIS E SUBSTANCIAIS DO ESTADO
DEMOCRÁTICO DE DIREITO**

Monografia apresentada à Universidade Federal de Rondônia – UNIR – *Campus* Prof. Francisco Gonçalves Quiles – Cacoal, como requisito parcial para obtenção do grau de Bacharel em Direito, elaborada sob a orientação da professor M.e Victor de Almeida Conselvan.

**Cacoal – RO
2016**

Neves, Gislene de Laparte.
N515j Jurisdição constitucional e direito à saúde no Brasil –
paradigmas procedimentais e substanciais do estado
democrático de direito/ Gislene de Laparte Neves–
Cacoal/RO: UNIR, 2016.
91 f.

Trabalho de Conclusão de Curso (Graduação).
Universidade Federal de Rondônia – Campus de Cacoal.
Orientador: Prof. M.e Victor de Almeida Conselvan

1. Direito constitucional. 2. Saúde - Direito. 3.
Substancialismo. 4. Procedimentalismo. I. Conselvan, Victor
de Almeida. II. Universidade Federal de Rondônia – UNIR.
III. Título.

CDU – 342

JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL E DIREITO À SAÚDE NO BRASIL – PARADIGMAS PROCEDIMENTAIS E SUBSTANCIAIS DO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

Por

GISLENE DE LAPARTE NEVES

Monografia apresentada ao Curso de Direito da Universidade Federal de Rondônia – *Campus* Prof. Francisco Gonçalves Quiles – Cacoal, para obtenção do grau de Bacharel em Direito, mediante a Banca Examinadora formada por:

Professor M.e Victor Almeida Conselvan – UNIR – Presidente

Professor M.e Bruno Milenkovich Caixeiro - UNIR - Membro

Professora Dra. Maria Priscila Soares Berro - UNIR - Membro

Conceito: 100

Cacoal, 07 de julho de 2016.

Aos meus pais, Gilberto e Helena que mesmo em suas limitadas possibilidades, me legaram o mundo.

AGRADECIMENTOS

Uma longa jornada não poderia passar incólume a uma longa lista de agradecimentos. Seria temerário que não os fizesse, e ainda injusto com os que os merecem.

Em primeiro lugar, agradeço a Deus pela saúde e estrutura que me deu para enfrentar todos os momentos desse curso. É realmente uma graça divina que eu possa cumprir mais essa etapa em minha jornada, com todos os percalços que a ela se somaram, e estou certa de que, de algum modo, fui, em muitos momentos, agraciada pela sua presença e pelo seu conforto.

À minha mãe, Helena Maria Delaparte Neves, pelo exemplo aguerrido com que luta todos os dias para se tornar uma profissional melhor, me incentivando sempre pela busca incessante pelo conhecimento. Sua resiliência na vida e sua eterna atenção para comigo, mesmo nas minhas ausências, me estarão sempre no coração, muito embora nem sempre lhe devote os agradecimentos que deveria. Você sempre será uma inspiração para mim.

Ao meu pai, Gilberto Fernandes Neves, pela fé que sempre me depositou, e por ser uma verdadeira fortaleza de todas as horas. Meu mundo certamente não teria tanto amor, e eu certamente não teria o mesmo olhar sobre mim e sobre o mundo sem a bondade e a paixão com que sempre conduziu a sua vida e me ensinou a conduzir a minha. Serei feliz se me tornar metade do ser humano que você é.

À Tiago Eduardo Silva de Lima, que teve a paciência de ver florescer esse trabalho, amargando as ausências que ele impõe e toda ansiedade e aflição que ele me trouxe. Sua fé em mim e suas constantes cobranças pelo meu aperfeiçoamento não serão esquecidas.

Ao meu orientador, Prof. M.e. Victor Almeida Conselvan, que foi, para além de suas atribuições, verdadeiro terapeuta nos imensos bloqueios criativos que me sondaram por todo o processo e um amigo frente aos percalços que se apresentaram. Sua busca incessante por melhorar até nos detalhes, certamente é responsável em grande parte pelo trabalho que aqui se apresenta. Não poderia ter escolhido melhor companhia de trabalho nesse momento tão decisivo.

À Professora Sônia Mara Nita e a Prof. Daeane Dorst Zulian, que, com esforço aguerrido e paciência infindável conduziram as disciplinas de Monografia I e

II, *lócus* primordial do desenvolvimento desse trabalho.

Ao professor M.e. Bruno Milenkovich Caixeiro pelo apoio em diferentes momentos desse trabalho, e a todos os demais docentes que tive a oportunidade de conviver e que muito me ensinaram durante esses cinco anos de graduação. Espero fazer valer as lições aqui aprendidas, e honrá-los em seu papel de educadores, ao exercer, com dignidade, o ofício a que me prepararam.

Por fim, e não por serem menos importantes, agradeço aos meus amigos, muito mais que *queridos*, Raissa Karine de Souza, Ladiane Beilke Ruiz, Francieli Honorato, Raul Gabriel Teixeira Melo, Graciele Rodes, Max Rogers e Fernanda Mubarak. Vocês foram o bem mais precioso angariado neste curso. Nossa amizade fez com que esses cinco longos anos fossem, se não mais fáceis, muito mais leves e divertidos. Muito disto é devido a vocês. E serei eternamente grata.

Estou convicta de que os agradecimentos que aqui se encerram, permanecerão injustos por não somarem, em sua totalidade, todos os que colaboraram direta e indiretamente para esse trabalho. Certamente há pessoas que fizeram muito mais do que *mera diferença* e, talvez, nem o saibam. Guardo-os comigo. E ainda que nem se identifiquem nesse agradecimento, permanecerão em meu coração.

*Sage mir Deine Einstellung zur
Verfassungsgerichtsbarkeit und ich sag Dir, man für
einen Verfassungsbegriff Du hast.*

Diz-me a tua posição quanto à jurisdição
constitucional que eu te direi que conceito tens da
Constituição.

(Werner Kagi)

RESUMO

O presente trabalho faz uma análise do direito à saúde na jurisdição constitucional brasileira, utilizando para tanto a filosofia hermenêutica e o método dialético. Trata-se, essencialmente, de demonstrar qual paradigma de jurisdição constitucional é o mais adequado a concretização do direito à saúde no Brasil. Parte-se, para esse mister, de uma análise histórica do constitucionalismo e da jurisdição constitucional, buscando, nesse sentido, aclarar os principais paradigmas que se põem a esta jurisdição – o procedimentalista (sob a perspectiva de Jürgen Habermas) e o substancialista (com enfoque em Ronald Dworkin e Robert Alexy). Cuida-se ainda, de desmistificar as bases sobre as quais foi construído o direito à saúde no Brasil, correlacionando sua estruturação junto ao ordenamento jurídico pátrio e, através da jurisprudência dominante, demonstrar sobre que bases vêm sendo conduzidas as concessões de tutelas judiciais de saúde em *terrae brasilis* – debate que impende adentrar nas teorias relativas aos custos dos direitos, do mínimo existencial, da reserva do possível e da judicialização da política e o ativismo judiciário – tudo com vistas ao estabelecimento de um paradigma que corresponda ao anseio de concretização fática da saúde sem representar fragilidade ao modelo do Estado Democrático de Direito acolhido pela constituinte de 1988.

Palavras-chave: Jurisdição constitucional. Direito à saúde. Procedimentalismo. Substancialismo.

ABSTRACT

This course conclusion work is an analysis of the right to health in the Brazilian constitutional jurisdiction, using both hermeneutical philosophy and dialectical method. It is proposed essentially to demonstrate that Constitutional Jurisdiction paradigm is best suited to the realization of the right to health in Brazil. Starts for this mister, a historical analysis of Constitutionalism and Constitutional Jurisdiction, seeking, in this sense, to clarify the main paradigms that put this jurisdiction - the proceduralist (from the perspective of Jürgen Habermas) and substantialist (focusing on Ronald Dworkin and Robert Alexy). It also takes care of demystifying the basis upon which the right to health was built in Brazil, correlating its structure with the native legal system and by the dominant jurisprudence, demonstrate on what basis have the judicial health guardianships concessions being conducted in "*terrae brasiliis*"- debate that incumbent enter the theories concerning the rights costs, the existential minimum, booking possible and the legalization of political and judicial activism - all with a view to establishing a paradigm that corresponds to the desire to achieve factual health without posing fragility of the Democratic State Model of Law upheld by the constituent 1988.

Keywords: Constitutional Jurisdiction. Right to health. Proceduralism. Substantialism

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	11
1 CONSTITUIÇÃO, JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL E ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO	14
1.1 DA CONSTITUIÇÃO POLÍTICA À CONSTITUIÇÃO JURÍDICA	15
1.2 NEOCONSTITUCIONALISMO E CRISE	17
1.3 PROCEDIMENTALISMO E SUBSTANCIALISMO	21
1.3.1 Procedimentalismo habermasiano	21
1.3.2 Substancialismo e substancialismos.	24
2 DIREITO À SAÚDE NO BRASIL	33
2.1 AS LINDES DO DESENCANTO	33
2.2 DOGMÁTICA DO DIREITO À SAÚDE: A SAÚDE ENQUANTO DIREITO FUNDAMENTAL	37
2.3 A SAÚDE NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988	43
2.4 JUDICIALIZAÇÃO E ATIVISMO	47
3 O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E A TUTELA DA SAÚDE NO BRASIL	51
3.1 MÍNIMO EXISTENCIAL	55
3.2 RESERVA DO POSSÍVEL E CUSTOS DOS DIREITOS	57
3.3 FUZZYSMO x STA 175	61
4 A SAÚDE ENTRE O PROCEDIMENTALISMO E O SUBSTANCIALISMO – EM BUSCA DE UMA SÍNTESE NECESSÁRIA.	66
4.1 SAÚDE PROCEDIMENTAL EM PAÍSES DE MODERNIDADE TARDIA?	66
4.2 A VISÃO SUBSTANCIALISTA ALICERÇADA EM ROBERT ALEXY – A SAÚDE COMO ELEMENTO DE PONDERAÇÃO	71
4.3 A VISÃO SUBSTANCIALISTA DE RONALD DWORKIN – POR UMA SAÚDE COM INTEGRIDADE E COERÊNCIA.	75
CONSIDERAÇÕES FINAIS	81
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	87

INTRODUÇÃO

O advento do Estado Democrático de Direito engendrou profundas transformações na forma de se conceber o direito no Brasil. Atrelado a uma ruptura entre a ditadura que se estendia desde 1964, a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 trouxe em seu bojo um texto carregado em promessas e dando especial importância ao compromisso da constituinte em assegurar aos cidadãos direitos e garantias.

Outrossim, ao estabelecer a Constituição como *topos* do ordenamento jurídico nacional, e ao assegurar-lhe caráter normativo, colocou o judiciário frente a missão de lidar não apenas com regras, mas também com princípios, que uma vez dotados de imperatividade – como quaisquer normas jurídicas – não se mostravam amoldáveis às técnicas hermenêuticas tradicionais da dogmática clássica, tais como o método gramatical, o teleológico, o sistemático e outros.

Essa preocupação com o teor e a aplicação dos princípios gerou no Brasil o que Lênio Luiz Streck chamou de *mixagens epistemológicas*. Isso porque ao se defrontar com a falta de recursos para conceber essa nova realidade, o judiciário pátrio trouxe do direito comparado – sobretudo o alemão – novas formas de hermenêutica constitucional, que, na *práxis* brasileira, foram sendo, aos poucos, modificadas para se adaptar ao cenário nacional e se misturando a outras teorias, muitas vezes desconexas entre si.

Tais teorias cuidaram de criar um cenário bipartido da atuação da jurisdição constitucional: de um lado, advogam a necessidade de um judiciário atuante e comprometido com a concretização de direitos e garantias fundamentais (substancialistas), e de outro, procuram reduzir o amplo poder que foi dado à magistratura ao colocar a Constituição como documento que assegura os

procedimentos necessários a formação do discurso popular, limitando o papel da jurisdição a correção de possíveis desvios da formação da vontade dos indivíduos (procedimentalismo).

Na seara do direito à saúde, várias dessas teorias podem ser reconhecidas, mormente a Jurisprudência dos Valores de Robert Alexy, o ativismo judicial norte-americano e a tentativa, ainda tímida, de expansão de uma teoria procedimental da jurisdição, balizada, sobretudo, nos estudos de Jürgen Habermas sobre o discurso e a democracia.

É, ainda, no campo desse princípio fundamental que o aumento de demandas frente ao judiciário é mais latente. Por se atrelar diretamente ao direito à vida e a vida humana com dignidade, o número de processos pedindo tratamentos, procedimentos e medicações cresce exponencialmente, seguido de uma plethora de argumentos que visam justificar a concessão desses direitos pelo judiciário.

Tais argumentos, muitas vezes desvinculados de qualquer caráter jurídico levaram a doutrina a conceituar como efeito *fuzzy* ou *camaleões normativos*, o discurso raso, e pouco técnico que vem sendo administrado pelo judiciário na justificação da concessão de tutelas vinculadas a direitos sociais.

É nesse cenário que se busca debater que paradigma se amolda a concretização fática do direito à saúde no Brasil: o procedimentalista – visando evitar ao máximo a ingerência do judiciário nas políticas públicas – ou o substancialista, creditando a esse Poder o dever de realizar a exegese que busque a máxima concretização desse princípio fundamental, ainda que isso signifique inferir diretamente nos orçamentos públicos do Executivo e nas deliberações alocativas do Legislativo.

Para esse *mister* cuida-se, num primeiro momento, de reconstruir os caminhos que levaram a formação de uma Constituição normativa e de uma jurisdição constitucional, buscando demonstrar as bases dos paradigmas procedimentais e substanciais da jurisdição. Trata-se ainda de delimitar o presente estudo ao procedimentalismo de matriz habermasiana e as teorias substancialistas de Robert Alexy e Ronald Dworkin.

Em sequência, sob a perspectiva de traçar um panorama da saúde brasileira, parte-se de uma construção histórica da saúde junto às constituições anteriores, buscando junto a CRFB/88, as bases sobre as quais se assentam o direito à saúde no Brasil, abrindo margem para a discussão quanto à legitimidade do judiciário para

se imiscuir em matéria de política pública através de uma judicialização da política ou de um ativismo judicial.

O capítulo que se segue procura demonstrar como esse direito vem sendo tutelado pelo judiciário brasileiro e as principais críticas que se subjazem ao paradigma dominante da hermenêutica da saúde: o substancialismo de origem alexyana. Em síntese, buscou-se uma analítica das principais teses sustentadas pela jurisprudência pátria – mormente o mínimo existencial e a reserva do possível – buscando apontar as fragilidades a que se expõem esses discursos.

Por fim, pontuando a saúde sob o enfoque de cada um desses paradigmas, busca-se demonstrar qual deles – o procedimentalismo habermasiano ou o substancialismo (em Alexy ou em Dworkin) – corresponde ao mais adequado a concretização do direito à saúde no Brasil, considerando para tanto o frágil equilíbrio entre a separação dos poderes e a expansão da jurisdição constitucional no Estado Democrático de Direito brasileiro.

1 CONSTITUIÇÃO, JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL E ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

Como lembra Siqueira Jr. (2006, p. 10), Constituição “[...] vem do latim *constitutione*, que significa firmar, formar”. Constituição em sentido jurídico, nesses termos, trata necessariamente daquilo que constitui o Estado (STRECK, 2014), delimitando sua organização e seus ideais.

Noutra acepção, o termo jurisdição designa o poder estatal de aplicar o direito ao caso concreto (MARINONI, 2013). Nesse sentido, Siqueira Jr. (2006, p. 31) vai dizer que “Se o objeto é constitucional, podemos falar em uma jurisdição constitucional”. Ou seja, é o direito tutelado que designará a jurisdição.

Nota clara, portanto, impende afirmar que para se falar em uma jurisdição constitucional, há que existir um direito constitucional dotado de caráter normativo, e que essa jurisdição não se realizará apenas nos limites de uma corte responsável por “guardar” a Constituição, mas por qualquer juiz ou tribunal que detenha competência de aplicá-la.

Há que se destacar, contudo, que é inegável nessa quadra da história que a Constituição se estabelece como elemento fundamental para os Estados. Como bem afirma Barcellos (2008, p. 15): “Mesmo as ditaduras vestem-se de Constituições, negam veementemente que as estejam violando ou, em inegável deferência, as modificam para prosseguir seu caminho”. São, pois, essenciais à legitimação do poder estatal.

Todavia, a *contrario sensu*, “a existência de tribunais constitucionais não é autoevidente” (HABERMAS, 2012, p. 298). Eis que falar de uma jurisdição sobre a Constituição, é, antes de mais nada, militar ao texto constitucional uma normatividade, que o estabelece como norma jurídica.

Como bem aduz Bonavides (2005, p. 225), a questão da normatividade da Constituição e, conseqüentemente, sua eficácia, “se prende intimamente à determinação do teor doutrinário das Constituições”. Outrossim, possui característica histórica, se vinculando diretamente a teoria do Estado e a sua evolução.

Cabe, portanto, rápida digressão às raízes do próprio constitucionalismo, *locus* primordial para a compreensão do papel da Constituição e da jurisdição constitucional no Estado Democrático de Direito.

1.1 DA CONSTITUIÇÃO POLÍTICA À CONSTITUIÇÃO JURÍDICA

O conceito que hoje se devota a Constituição como documento que funda uma determinada ordem política (DINIZ, 1998) é fruto, em grande parte, da Revolução Americana e da Revolução Francesa, no século XVIII.

Em comum, tais revoluções buscavam limitar o poder soberano – valendo-se para tanto da separação dos poderes proposta por Montesquieu – e, também, assegurar direitos individuais quanto à possível ingerência do Estado – os famosos direitos de liberdade, referidos como de primeira dimensão (SARLET, 2007). Não por acaso, o art. 16 da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão (1789), fruto do movimento Francês, declarava: “toda sociedade em que a garantia dos direitos não está assegurada, nem a separação de poderes está determinada, não tem Constituição”.

As semelhanças, contudo, findam aí. Assim, enquanto os Estados Unidos se autodeclaravam independentes, e criando um texto constitucional com alto teor normativo que dava especial poder ao judiciário, abrindo as bases de um sistema democrático, a maior parte da Europa, ainda presa à monarquia, devotava todo poder ao Parlamento, que por ser representante máximo do povo, não poderia sofrer nenhum tipo de retaliação.

Como bem afirma Streck (2014, p. 402): “Para os revolucionários, somente duas funções do Estado eram importantes: fazer leis e executá-las”. O Judiciário, advindo da antiga aristocracia, era visto com desconfiança. Seu papel deveria ser, unicamente, subsumir os textos jurídicos aos casos que chegassem à apreciação. O juiz era, assim, a *bouche de la loi*.

Consequência de tamanha desconfiança, na França, em 1790, estatuiu-se o *référé législatif*, mediante o qual “se uma interpretação da lei fosse atacada três vezes num tribunal de cassação, este deveria submetê-la ao corpo legislativo, que emitiria um decreto declaratório da lei, vinculante para o tribunal de cassação” (MENDES; BRANCO, 2014, p. 47). Desse modo, a interpretação dos textos jurídicos, frutos da expressão popular que eram, cabia unicamente ao Parlamento, que detinha a última palavra sobre a lei.

Nesse cenário, a Constituição, longe de possuir qualquer normatividade, era uma carta política que orientava o Legislativo e impunha deveres ao Executivo (MACIEL, 2012). Qualquer ato de controle do Parlamento era um ato atentatório da

própria democracia, e ao princípio majoritário que a compunha. Não havia, assim, espaço para o florescimento de uma jurisdição constitucional.

As crises geradas pela imensa desigualdade social advindas da igualdade perante a lei, ou formal, é que modificaram esse quadro. A Constituição de Weimar, de 1919, na Alemanha, vai deslocar, lentamente, a atenção do legislativo para o Executivo (STRECK, 2014), na busca da satisfação de uma possível igualdade material, com a prestação de diversos serviços pelo Estado. O *Welfare State*, enquanto Estado concretizador de direitos, exigiu o aumento da máquina administrativa e causou o agigantamento do Executivo.

É depois da Segunda Guerra Mundial, contudo, que ocorreram as mudanças mais significativas. Como bem afirmam Mendes e Branco (2014, p. 47):

Os países que saíam do trauma dos regimes ditatoriais buscaram proteger as declarações liberais das suas constituições de modo eficaz. O parlamento, que se revelara débil diante da escalada de abuso contra os direitos humanos, perdeu a primazia que o marcou até então.

Essa nova etapa do constitucionalismo, amplamente conhecida como neoconstitucionalismo, trouxe importantes mudanças no papel da Constituição no Estado. As constituições que daí surgiram, agora alçadas ao título de norma fundamental (DINIZ, 1998), se estabeleceram no topo do ordenamento jurídico estatal, e ganharam eficácia irradiante sobre as demais normas do sistema, podendo se falar na possibilidade de declaração de invalidade de uma norma por estar em desacordo com a Constituição (controle de constitucionalidade).

Insta salientar, que de modo diverso, e devido ao próprio modelo histórico, que partiu, desde o princípio, de bases democráticas, os Estados Unidos evoluíram quase um século antes nessa direção, estabelecendo um modelo de controle difuso de constitucionalidade – o *judicial review* – que remonta a 1803, no caso *Marbury x Madison* (MENDES; BRANCO, 2014).

Todavia, é no berço europeu que deita raízes o modelo constitucional que chega ao Brasil em 1988 quando da promulgação da Constituição da República Federativa do Brasil. Tentando romper com o longo período ditatorial que cerceou fortemente as liberdades públicas, a constituinte se aproximou dos desencantos do antigo continente. Na lição de Streck (2014, p. 276):

Esse olhar em direção as Constituições europeias foi efetuado porque essas traziam consigo a similitude histórica de terem sido igualmente cunhadas para reverter os funestos efeitos advindos de regimes totalitários, como o nazismo na Alemanha e o fascismo na Itália, além de oferecer resposta para outras ditaduras, como é o caso do salazarismo em Portugal e o franquismo na Espanha.

O novo modelo, contudo, seja no Brasil ou na Europa, convive com seus “próprios fantasmas”, centralizados na perda do princípio majoritário, na distorção da clássica Separação dos Poderes e na dificuldade de legitimidade das decisões judiciais, já que, conforme será melhor demonstrado adiante, centraliza no poder judiciário o papel de efetivação dos direitos – poder esse que não é escolhido pelo voto popular.

Verifica-se, assim, que as constituições clássicas possuíam viés político, sendo mera carta de intenções destinadas a limitação dos poderes do monarca, separação dos poderes e consagração de garantias dos súditos – ou, modernamente, como limitações ao poder do Estado. Não eram, desse modo, consideradas normas jurídicas – já que ausente qualquer instrumento que viabilizasse seu cumprimento forçado pelo Estado. Tratavam-se assim de meras promessas que deveriam inspirar o poder de governar.

A constituição jurídica que exsurge com o neoconstitucionalismo é antes de mais nada um texto normativo, que se coloca no topo do ordenamento jurídico pátrio, exigindo de qualquer norma seu respeito e obediência. Trata-se de verdadeira norma jurídica, devendo ser analisada pela Teoria do Direito, interpretada pela Hermenêutica Jurídica e aplicada em discurso judicial fundamentado, cuja observância é obrigatória sob pena de sanção. Cumpre, assim, analisar mais detidamente o neoconstitucionalismo. E as suas crises.

1.2 NEOCONSTITUCIONALISMO E CRISE

O neoconstitucionalismo, como frisado alhures, é fruto pós-segunda guerra. Imanente aos seus principais objetivos encontra-se, não apenas o desejo de blindar os direitos fundamentais, mas também, de torná-los efetivos, dotando-os de sindicabilidade. Tal sindicabilidade na escurreita definição de Barcellos (2008, p. 40), trata-se da: “[...] possibilidade de exigir, por meios violentos, se necessário, o

cumprimento das normas”. Tal movimento, como frisado, não se encontra imune às críticas doutrinárias.

Tratando em primazia do neoconstitucionalismo brasileiro, Barroso (2011) vai afirmar que as principais consequências da adoção desse modelo são o reconhecimento de uma força normativa da Constituição, uma supremacia do Diploma Constitucional frente à legislação infraconstitucional e a constitucionalização dos direitos, sendo essa última premissa considerada em seu duplo aspecto, qual seja, o da positivação de diversos direitos diretamente no texto da Constituição e, também, o de sua eficácia irradiante, exigindo que toda norma infraconstitucional seja aplicada em conformidade com os dispositivos constitucionais, sob pena de declaração de invalidade (controle de constitucionalidade).

A supremacia do texto constitucional, nesse ínterim, passa a ser identificada pelo seu caráter rígido de alteração frente às normas infraconstitucionais – que passam a exigir processo mais dificultoso para alteração (MENDES; BRANCO, 2014) – e pelos núcleos intangíveis à modificação. Tais núcleos passam a fazer parte das Constituições neoconstitucionalistas sob diferentes rubricas, como as “cláusulas pétreas” no Brasil (art. 60, §4º CRFB/88) e os “limites materiais de revisão” (art. 288 da Constituição Portuguesa), se alastrando por diversas Cartas, como a Lei Fundamental de Bonn de 1949, a Constituição da Namíbia, em 1990, e a Constituição da República Checa de 1992.

Na concepção de Streck (2011), a adoção de tais núcleos intangíveis, demonstra o caráter contramajoritário do texto constitucional, que passa, doravante, a assegurar um conjunto mínimo de direitos e garantias fundamentais à revelia do desejo do constituinte derivado, ou seja, do poder popular democrático de alterar a Carta Maior (Parlamento). Nessa linha também segue Cambi (2009, p. 22, grifos do autor) para quem: “As Constituições modernas preveem valores e opções políticas fundamentais com escopo de se formar um *consenso mínimo* a ser observado pelas maiorias, pois a *democracia exige mais do que apenas a observância da regra majoritária*”. O autor, ainda complementa: “Isso retira a *discrecionalidade da política ordinária*, vinculando o grupo político que detém o poder, a fim de garantir a realização dos direitos de todos”.

Nota-se, assim, que uma das marcas distintivas do neoconstitucionalismo se funda no abandono à concepção clássica de democracia como governo “majoritário”,

sob o qual a adoção de instrumentos limitadores da atividade parlamentar se subscreve como uma verdadeira proteção contra as maiorias eventuais. Chocam-se assim, concepções modernas e contemporâneas sobre o próprio papel da democracia e de sua legitimidade. Afinal: podem as gerações passadas obrigar as gerações futuras?

A Constituição passa, ainda, a ser dotada de força normativa, o que significa que suas pretensões vinculam os três poderes à sua realização e obediência, cuja inobservância “pode deflagrar os mecanismos próprios de coerção, de cumprimento forçado” (BARROSO, 2011, p. 3), tais como o próprio controle da constitucionalidade das leis e de políticas públicas.

Tal concepção de que as normas constitucionais contêm força, reforça a necessidade de um órgão que vele pelo seu controle e cumprimento, gerando um aumento significativo de importância do Poder Judiciário. Ocorre, assim, uma expansão da jurisdição constitucional (CAMBI, 2009), deslocando a tônica da separação dos poderes do Legislativo em direção a este, exigindo-o a tarefa direta de evitar a perda da normatividade da Constituição.

Nessa toada, diversos países – como a Itália, Alemanha, Áustria e Espanha – estabeleceram tribunais superiores *ad hoc*, que, desligados da hierarquia atinente à clássica separação dos poderes, não se encontram imediatamente subsumidos ao Poder Judiciário ordinário, mas sim, em estrutura autônoma, gerando a “construção de mecanismos que, ao mesmo tempo que preservariam a vontade geral proveniente da lei, poderiam pôr freio aos demais Poderes” (STRECK, 2014, p. 414).

No Brasil, em linha diferente, durante a constituinte que deu origem a Carta de 1988, rechaçou-se a criação de um Tribunal *ad hoc*, gestando, ainda dentro do Poder Judiciário, um Tribunal Constitucional, ao qual compete “precipuamente, a guarda da Constituição” (art. 102, *caput*, CRFB/88), dando a este órgão o dever de assegurar que “nenhuma lei ou ato normativo pode ser considerado válido se for incompatível com a Constituição” (CAMBI, 2009, p. 204).

Ocorre, contudo, que em posição diferente aos demais países europeus, o Brasil não passou pela necessária etapa do *Welfare State*, possuindo grande núcleo populacional que depende essencialmente de políticas estatais, situação que diverge, em muito, do velho continente. Como bem afirma Streck (2014, p. 81):

No caso do Brasil, ao final do século XX, o Estado chegou grande,

ineficiente, com uma corrupção endêmica e perdendo a luta contra a miséria. O intervencionismo do Estado, segundo Barroso – aqui desvirtuado pelo estamento –, não resistiu a onda neoliberal. O Estado Social para as elites e o Estado Polícia para as massas; o Estado da desigualdade social e da concentração de renda. O Estado aparelhado que a elite quis se livrar ao comprar o receituário neoliberal foi aquele que serviu desde o Brasil Colônia.

Tal quadro amplia a margem de atuação da jurisdição constitucional em vista de um debate para além do controle de constitucionalidade (atuação negativa do Judiciário), exigindo uma posição jurisdicional sobre a possibilidade de concretização, por via direta, de uma norma constitucional (atuação positiva do Judiciário).

Insta observar que o problema não é uma exclusividade da Carta brasileira, mas que, em vista do *déficit* social, é situação que se agrava em *terrae brasiliis*, cuja carta possui extenso rol de direitos e garantias. Nas palavras de Cambi (2009, p. 215, grifos do autor) O “Brasil chega a pós modernidade sem ter conseguido ser *liberal* nem *moderno*”, o que demonstra, antes de tudo, grande defasagem em assegurar um mínimo de direitos de liberdade e igualdade.

Para Coura (2009), é nesta seara que confluem as maiores discussões, pois, uma vez responsável pela guarda do texto constitucional, o Judiciário passou a enfrentar o dilema de concretização das normas da Carta Maior. Nessa esteira, ele deixa de ter o papel técnico de aplicador das normas constitucionais para, também, assumir a missão de concretizar o texto fundamental, acentuando um caráter de corte jurídico-política – que é agravado pelo art. 5º, §1º da CRFB/88 que considera como imediatamente aplicáveis todos os direitos fundamentais (SARLET, 2007). Assim:

Se no Estado Liberal o Judiciário era caracterizado pela sua *neutralização política*, no Estado do Bem Estar Social a explosão da litigiosidade, marcada pela busca da efetivação dos direitos fundamentais sociais, ampliou a visibilidade social e política da magistratura (CAMBI, 2009, p. 178, grifo do autor).

Tal aumento de visibilidade culmina diretamente no debate acerca da legitimidade das decisões judiciais, pois, diferentemente dos demais poderes, os membros do Judiciário não são escolhidos diretamente pela sociedade. Assim, cumpre assentir que, pelo menos inicialmente, “o dogma da separação dos poderes fica abalado” (STRECK, 2014, p. 45), vez que o deslocamento do poder pesa

fortemente em direção ao Judiciário, que, como dito alhures, passa a ter a última palavra sobre as normas constitucionais. O dilema que daí exsurge diz respeito a como conter os excessos desse Poder, e, também, em até que ponto a própria democracia não é corroída pelo enfraquecimento dessa separação entre os poderes.

Nesta quadra da exposição, a falta de conceitos bem definidos de Constituição, Estado Democrático de Direito e Jurisdição Constitucional deve estar patente. A resposta, contudo, na linha do que aqui se busca construir, não pode ser estabelecida *a priori*, pois, a depender do conceito aplicado, estar-se-ia defendendo uma determinada forma de interpretação da norma constitucional e dando respostas diferentes às crises neoconstitucionalistas.

Na lição de Kagi (1945 *apud* STRECK, 2014, p. 37, tradução do autor): “Diz-me a tua posição quanto à jurisdição constitucional que eu te direi que conceito tens da Constituição”¹. Tal tônica, revela que qualquer posição quanto à Constituição depende, inicialmente, da forma como os juízes entendem e aplicam o direito.

O problema que aqui se delineia, assim, é o amplo poder de moldagem das instituições democráticas dado ao juiz. Isso porque se o direito positivo possui critérios bem claros para sua produção, a decisão judicial se constrói no discurso e na argumentação, que são de livre de livre convicção ao juiz, que fundamentando, pode tomar a decisão que julgar mais correta. Tal deslinde, junto a falta da escolha dos membros do poder judiciário pelos cidadãos, é o principal desafio da hodierna Teoria da Constituição.

Nesta seara, dois paradigmas elencam posições antagônicas que se tornam fundamentais para este trabalho. Tais paradigmas procuram, diretamente, traçar os limites da atuação do Poder Judiciário, e, assim, conduzem a diferentes níveis de interpretação das normas constitucionais e sua eficácia. Trata-se do procedimentalismo e do substancialismo.

1.3 PROCEDIMENTALISMO E SUBSTANCIALISMO

1.3.1 Procedimentalismo habermasiano

O procedimentalismo, visto a partir de Habermas, é a construção de uma

¹ “Sage mir Deine Einstellung zur Verfassungsgerichtsbarkeit und ich sag Dir, man für einen Verfassungsbegriff Du hast”.

verdadeira *teoria do discurso* que satisfaça as condições de *autonomia dos indivíduos* e *legitimidade do direito*. Toda a obra do filósofo alemão da Escola de Frankfurt, considerado como “o último grande racionalista” (COTRIM, 2006), gira em torno de garantir o primado da autonomia das pessoas.

Para Habermas, a formação da autonomia dos indivíduos é condição *sine qua non* para o desenvolvimento de uma teoria do discurso. Desta feita, as pessoas só se tornarão autônomas, “na medida em que puderem se entender também como autoras do direito, ao qual se submetem enquanto destinatárias” (HABERMAS, 2011, p. 146).

Assim, quando o Estado decide em suas cúpulas superiores as políticas sociais que pretende implantar, retira dos indivíduos sua participação enquanto criadores do direito e cerceia-lhes a possibilidade de deliberar quanto a que direitos gostariam de receber e qual seria a prioridade a ser estabelecida pela Administração.

Por esse motivo, só é legítimo, ao crivo do filósofo, “[...] o direito que surge da formação discursiva da opinião e da vontade dos cidadãos que possuem os mesmos direitos” (HABERMAS, 2011, p. 146). Desta feita, se direito legítimo quer dizer direito discursivamente elaborado entre os indivíduos, o Estado Democrático de Direito é entendido como:

[...] a institucionalização de processos e pressupostos comunicacionais necessários para uma formação discursiva da opinião e da vontade, a qual possibilita, por seu turno, o exercício da autonomia política e a criação legítima do direito (HABERMAS, 2011, p. 181).

Por isso Habermas atribui a si mesmo o título de procedimentalista: sua ideia de uma democracia que se constrói em discursos, vislumbra, necessariamente, um ordenamento jurídico que assegure procedimentos seguros para a livre circulação e formação do discurso. Em suas palavras, seu paradigma é formal, pois “apenas formula as condições necessárias segundo as quais os sujeitos podem, enquanto cidadãos, entender-se entre si para descobrir seus problemas e o modo de solucioná-los” (HABERMAS, 2011, p.190).

Por tal motivo, Habermas (2012, p. 304) observa “[...] no Estado de direito e no desenvolvimento do sistema jurídico em geral, um deslocamento preocupante entre parlamentos e tribunais constitucionais”. E assevera que a crítica que se faz a

jurisdição constitucional é, assim, sempre uma crítica a ofensa à separação dos poderes, sendo que a Constituição não é o limiar dos direitos subjetivos resolúveis jurisdicionalmente, agigantando o Judiciário. Pelo contrário, a Constituição:

[...] determina procedimentos políticos segundo os quais os cidadãos, assumindo seu direito de autodeterminação, podem perseguir cooperativamente o projeto de produzir condições justas de vida (o que significa: mais corretas por serem equitativas) (HABERMAS, 2012, p. 326).

Habermas (2011, p. 55, grifo do autor), idealiza assim, a: “figura de uma comunidade *jurídica* que organiza a si mesma”. Nessa comunidade, um tribunal constitucional não é autoevidente, e como o próprio autor chega a sugerir, se existisse deveria estar a cargo do Legislativo onde há maior fruição do debate popular (HABERMAS, 2011).

Contudo, independente de em que poder se aloque, nos moldes de uma Constituição que assegura procedimentos, “[...] o tribunal constitucional deve proteger o sistema de direitos que possibilita a autonomia privada e pública dos cidadãos” (HABERMAS, 2012, p. 326). Para tanto, deve corrigir os desvios procedimentais e assegurar as liberdades públicas (HABERMAS, 2011; 2012).

A decisão judicial, todavia, não fica excluída de buscar a legitimação que é exigida para todo o restante do sistema. Para esse fim, Habermas estabelece uma cisão entre discursos de fundamentação e discursos de aplicação.

Para ilustrar o conceito, suponha-se a seguinte situação hipotética: Paulo, todos os dias, leva gelatina para o trabalho. Numa manhã, sua colega, Márcia, subtrai para si a sobremesa e a consome. Indignado, e ciente da autoria da parceira de trabalho que confessara o delito, Paulo se dirige a delegacia desejando a abertura de inquérito policial por furto (art. 155 do Código Penal Brasileiro). Há que se questionar: trata-se de ilícito penal? Márcia deve ficar reclusa pelo período de 1 a 4 anos, além de pagar multa? Uma norma deve ser aplicada a todos os casos, independente, dos seus aspectos particulares?

A resposta para todas as questões é um uníssono não. Isso porque, na esteira do que expõe Habermas (2012), a norma, quando criada, possui uma gama de situações para as quais pode ser aplicável, considerando para tanto a finalidade para qual foi editada. Não pode, todavia, prever todas as situações de aplicabilidade, razão pela qual uma análise detida do magistrado pode determinar se tal norma

incide, ou não, a determinada ocasião em concreto.

Desse modo, as situações de criação da norma que explicitam sua finalidade, seriam dotadas de discursos universais, enquanto a análise *in concreto* realizada pelo magistrado seria um verdadeiro discurso de aplicação. Na síntese de Cambi (2009, p. 281): “O discurso de fundamentação ou de justificação das normas está ligado ao princípio da universalidade, enquanto o discurso de aplicação é produto da argumentação dirigida à aplicação das normas”.

Habermas credita que os discursos de aplicação afetam muito reflexamente as pessoas, já que se destinam a situações individualizadas. Por isso se põe preocupado com a questão da universalidade e dispõe que os discursos de fundamentação devem estar fincados nos mesmos discursos sociais que legitimam políticas públicas e legislações (HABERMAS, 2012). Devem, pois, se submeter ao discurso. Desta forma, ao julgar, o juiz não estaria discutindo qual é o direito, tarefa restrita aos discursos de fundamentação e realizada democraticamente pelo discurso, mas sim, realizando a necessária implicação entre os fatos e o direito para realização da sentença, o que lhe daria uma margem de atuação limitada.

Nota-se, assim, que, para o filósofo, uma sociedade terá tantos direitos quanto maior for sua capacidade de mobilização já que é da responsabilidade dos indivíduos a organização dirigida a pontuar o que é juridicamente relevante, debater publicamente as premissas do direito desejado, e consolidar os anseios mediante legislação – procedimento esse reiterado em inúmeras passagens de sua obra *Direito e Democracia*.

Em síntese, nota-se que os conceitos construídos por Habermas da Constituição, do Estado Democrático de Direito e Jurisdição densificam uma postura preocupada com os procedimentos que asseguram o debate público, e não com o significado e a extensão dos direitos. São os cidadãos que devem construir a base do Estado, não sendo dado ao executivo e ao judiciário intervir nesse processo.

1.3.2 Substancialismo e substancialismos

O substancialismo, como contraponto ao procedimentalismo, é o paradigma que expõe que a mera garantia de procedimentos no texto constitucional não é suficiente para assegurar que os direitos dos indivíduos estarão assegurados (STRECK, 2011). Para seus adeptos, o reconhecimento de que a Constituição

possui regras e princípios, e que ambos possuem força normativa, demanda ao Judiciário a necessidade de avaliar até que ponto um direito consolidado num princípio pode ser exigido jurisdicionalmente numa situação concreta.

Nas palavras de Cambi (2009, p. 288):

[...] a corrente substancialista da jurisdição entende que o Poder Judiciário é o intérprete da vontade geral ou dos valores substanciais implícitos no direito positivo. [...] Afinal, não é exato sustentar que o direito ou a democracia se contentam em estabelecer uma regra de jogo puramente formal, incompatível com qualquer conteúdo material.

Há que se considerar, contudo, que nem todo substancialismo é igual, e que a leitura de seus atores pode causar graves diferenças de significado sobre a Constituição, o Estado e o papel dos juízes no exercício da jurisdição. Assim, para os fins dessa exposição, serão apontados os pensamentos de dois substancialistas: Ronald Dworkin e Robert Alexy.

Eis a primeira tópica: ambos partem de uma perspectiva da Constituição como norma jurídica, donde podem ser vistos princípios e regras. Alexy (2008, p. 85), põe essa dicotomia como base de sua análise ao afirmar que: “Essa distinção constitui um elemento fundamental [...] Com sua ajuda, problemas como os efeitos dos direitos fundamentais perante terceiros e a repartição de competências entre tribunal constitucional e parlamento podem ser mais bem esclarecidos”.

Em sua análise, princípios são: “normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes” (ALEXY, 2008a, p. 90), enquanto as regras: “são normas sempre ou satisfeitas ou não satisfeitas. [...]. Regras contêm, portanto, determinações no âmbito do que é fática e juridicamente possível” (ALEXY, 2008a, p. 90).

Desse raciocínio, convencionou-se dizer que os princípios seriam “mandados de otimização que são caracterizados pelo fato de que a medida devida de sua satisfação não depende somente das possibilidades fáticas, mas também das possibilidades jurídicas” (ALEXY, 2008a, p. 89). Dessa forma, cada princípio seria, em verdade, uma ordem aos Poderes do Estado para que realizem em sua maior amplitude possível o valor que buscam consagrar.

Em sentido diverso, Dworkin (2007, p. 39) parte da distinção entre regras e princípios para esclarecer que: “regras se aplicam em juízos de tudo ou nada” – ou seja, são enunciados válidos ou inválidos em cada situação concreta, enquanto os

princípios, cooriginários que são da moral social, seriam valores fundamentais da sociedade, sobre os quais se construiriam as regras. As regras, assim, teriam como fundo o princípio que às justifica e a cujo valor busca prestigiar.

Dworkin desenha, nesse ínterim, a figura de uma comunidade que se estrutura em princípios. Em suas palavras o modelo de uma sociedade construída nesses moldes:

Insiste em que as pessoas são membros de uma comunidade política genuína apenas quando aceitam que seus destinos estão fortemente ligados da seguinte maneira: aceitam que são governados por princípios comuns e não por regras criadas por um acordo político (DWORKIN, 2014, p. 254).

Nessa sociedade de princípios, faz-se uma cisão entre argumentos de *policy* (política) e argumentos de princípio. Por esse entendimento: “Os argumentos de política justificam uma decisão política, mostrando que uma decisão fomenta ou protege algum objetivo coletivo da comunidade como um todo” (DWORKIN, 2007, p. 129), enquanto os argumentos de princípio: “[...] justificam uma decisão política mostrando que a decisão respeita ou garante um direito de um indivíduo ou de um grupo” (DWORKIN, 2007, p. 129). Em sua perspectiva, enquanto o legislativo se vincula a ambos, cabe ao judiciário apenas os argumentos de princípio, ou seja, aqueles fundados em direitos individuais.

Por isso, Duarte (2012, p. 119) vai afirmar que na concepção do autor norte-americano, os direitos fundamentais são “[...] objetivos políticos individualizados que operam como trunfos em relação a certos tipos de decisão manejada pela maioria política”. E complementa: “São direitos morais individuais [...] expressos na forma de princípios”. É dizer, são direitos que nascem numa comunidade de princípios, onde a moral é, pois, cooriginária da produção do direito (DWORKIN, 2007), representado pois, as bases dessa comunidade – daí exsurgindo seu caráter contramajoritário e a sua característica de direitos subjetivos.

E é nesse sentido que o pensamento de Dworkin se contrapõe ao de Alexy: enquanto para o último os princípios seriam o caminho de abertura do sistema normativo aos demais valores sociais alheios ao direito (política, moral, economia, e outros), para Dworkin, princípio é tudo aquilo que antecede a regra, funcionando como critério de fechamento para o sistema normativo (STRECK, 2012).

Assim, ao buscar a completude do ordenamento jurídico ou realizar sua

interpretação em conformidade com a Constituição, o magistrado deveria, para Alexy (i), verificar quais são os valores que se colidem nos princípios que se encontram em conflito. Para Dworkin (ii), no entanto, o magistrado deve, através da história da norma e da sociedade, construir uma decisão que trate com coerência e integridade os princípios que foram estabelecidos por essa comunidade de direito. Cabe verificar detidamente, pois, cada uma dessas compreensões sobre a aplicação dos princípios.

Inicialmente, e em se tratando da perspectiva adotada por Robert Alexy, impende destacar que para o autor esses “mandados de otimização”, que correspondem aos princípios, podem incidir concomitantemente sobre uma mesma situação concreta. Nesse caso – a despeito das regras cuja aplicação de uma impende na invalidação da outra (ALEXY, 2008b) – deve ser realizado um sopesamento no qual se estabeleça qual dos princípios conflitantes deve prevalecer na situação *sub judice*. É dizer: não existe uma única resposta correta ao problema jurídico, e sim respostas possíveis (STRECK, 2014), aferidas mediante um procedimento lógico e argumentativo.

Tal sopesamento, seria decorrente “[...] logicamente da natureza dos princípios” (ALEXY, 2008a), uma vez que, sendo valores fundamentais do Estado, não há a possibilidade de invalidação de um princípio para a aplicação de outro, devendo ser realizado um procedimento de racionalização da decisão, que não exclua nenhum dos princípios conflitantes, mas sim, que culmine na prevalência de um sobre outro naquela dada circunstância. Tal procedimento, resultante do postulado da proporcionalidade (ÁVILA, 2015), seria composto de três etapas. São elas: a adequação, a necessidade e a proporcionalidade em sentido estrito. Seu objetivo “[...] é definir qual dos interesses – que abstratamente estão no mesmo nível – tem maior peso no caso concreto” (ALEXY, 2008a, p. 95).

Tais etapas se concebem como regras. Isso quer dizer que se aplicam através de juízos deontológicos: ou a etapa é válida ou é inválida e, nesse segundo caso, o resultado não é possível. Assim, como afirma Cambi (2009, p. 465, grifo do autor): “Tratam-se de elementos autônomos que devem ser aplicados *subsidiariamente*”. E complementa: “[...] a análise da necessidade somente ocorrerá caso superado o exame da adequação; a da proporcionalidade em sentido estrito apenas acontecerá se o problema já não tiver sido solucionado com os juízos da adequação e da necessidade” (CAMBI, 2009, p. 465).

Assim, o juízo de adequação, primeira etapa do postulado, busca responder se o meio escolhido é medida que se demonstra apta a atingir o fim que lhe dirige o aplicador (ALEXY, 2008a). Há que se observar que esse juízo é deontológico (sim/não) e não de valor (bom/ruim) (COURA, 2009). Ou seja: não se avalia se determina hipótese é melhor que a outra para a consecução do fim, mas sim, se ela tem o condão de realizar o resultado prático desejado. A hipótese, nesse caso, apenas estaria descartada frente à ocorrência da absoluta impossibilidade de sua realização (ALEXY, 2008a).

A segunda etapa, a da necessidade ou exigibilidade, nas palavras de Cambi (2009, p. 466) o intérprete deve se perguntar: “[...] não há outro meio alternativo menos gravoso e igualmente eficaz para se chegar ao mesmo resultado?”. Nesse caso, dada a existência de dois meios para satisfazer o mesmo princípio, deve o julgador escolher aquele que menos onere a coletividade e interfira o menos possível nos demais princípios (ALEXY, 2008a). Como afirma Alexy (2008a, p. 591): “[...] aqui a ideia de otimização é facilmente identificável”.

Por fim, a última etapa é a da proporcionalidade em sentido estrito. Esse é o momento em que o julgador de fato *sopesa* qual princípio deverá prevalecer naquele caso concreto. Essa *lei do sopesamento* (CAMBI, 2009), seria dividida em três passos:

- 1) avalia-se o grau de não satisfação ou de afetação de um dos princípios;
- 2) examina-se a satisfação do princípio colidente;
- 3) deve-se considerar se a importância da satisfação do princípio colidente justifica a afetação ou não ou a não satisfação do outro princípio.

Ou seja, para passar pela etapa do sopesamento, deve o julgador avaliar se a hipótese aventada realiza, ao máximo, ambos os princípios, ainda que na situação de fato um deles vá prevalecer sobre o outro (ALEXY, 2008a). Tal sopesamento, ainda, deve considerar sempre o menor impacto possível para a coletividade, sendo portanto uma baliza entre os meios de que dispõe o Estado e os fins que se pretende sejam alcançados com a decisão.

Cumprido estabelecer que Alexy (2008b) parte, ainda, de uma diferenciação entre princípio e valor. Para ele, enquanto para o princípio há *regra* de valoração, aos valores existiriam apenas *critérios* de valoração, haja vista a natureza deontológica dos primeiros e a axiológica dos últimos (ALEXY, 2008b). É dizer:

enquanto os primeiros se resolveriam em sistemas binários (certo-errado, legal-ilegal) os últimos se resumiriam ao que é bom, ou seja, se estabeleceriam em escala de valor.

Nesse sentido, ele afirma que “O modelo de princípios e o modelo de valores mostram-se, na essência, estruturalmente iguais” (ALEXY, 2008a, p. 153), de tal modo que “[...] as objeções às teorias valorativas dos direitos fundamentais podem atingir também a teoria dos princípios” (ALEXY, 2008a, p. 153). Isso porque, conforme aduz Duarte (2012, p. 138): “[...] seria perfeitamente possível e demasiadamente simples passar de uma constatação que afirmasse ser uma determinada situação, do ponto de vista constitucional, a melhor para uma constatação que dissesse ser ela a constitucionalmente devida”. Ou seja, do plano axiológico para o plano deontológico.

Daí se falar que tanto princípios, quanto valores comportam ponderações (ALEXY, 2008a), pois, os valores, na medida em que buscam sempre ser realizados, podem, tanto quanto os princípios, acabar incidindo sobre uma mesma situação, ocasião em que se observará, mediante critérios argumentativos de valoração, a realização de um sopesamento.

O que impende notar, assim, é que para Alexy o conteúdo dos princípios é importante. Sua teoria, enquanto tal, cuida de estabelecer um procedimento capaz de assegurar como avaliar o grau de aplicabilidade e de exigibilidade de um princípio numa situação concreta, ou seja, é reconhecidamente substancialista. A questão que se coloca, frente à Teoria da Argumentação que se desenvolve, é como legitimar as escolhas do julgador, vez que é do magistrado a escolha pelos critérios de valoração, ainda que estes tenham que se submeter à teoria argumentativa.

Para Dworkin, e em sua compreensão de uma sociedade que se organiza mediante princípios, dois critérios deveriam fundar o *modus operandi* do direito em determinada comunidade: a coerência e a integridade (DWORKIN, 2014).

Para apresentar sua tese do direito como integridade, Dworkin (2014) parte da análise de dois paradigmas vigentes no *common law* norte americano: o convencionalismo e o pragmatismo. O primeiro, “explica de que maneira o conteúdo de decisões políticas do passado pode tornar-se explícito e incontestável” (DWORKIN, 2014, p. 142). É dizer: estabelece que a sociedade convencionou instituições que deverão determinar o direito, tornando esse direito o que deve ser aplicado. O juiz deve, assim, seguir a convenção, é restringido por ela. Outrossim,

rejeita a ideia de uma moral social e os princípios que emergiriam de uma sociedade com valores comuns (DWORKIN, 2007).

O último, como afirma o autor: “[...] não exclui nenhuma teoria sobre o que torna uma sociedade melhor. Mas também não leva a sério as pretensões juridicamente tuteladas” (DWORKIN, 2014, p. 195). Nesse cenário, o julgador, com vista à melhor decisão ao futuro da coletividade, deduz norma que não se vincula à lei (convenção do passado), e nem possui critérios definidos: “Não rejeita nem a moral nem as pretensões políticas. Afirma que, para decidir os casos, os juízes devem seguir qualquer método que produza aquilo que acreditam ser a melhor comunidade futura” (DWORKIN, 2014, p. 195). Nega, dessa forma que existam direitos individuais ou subjetivos oponíveis contra o arbítrio de terceiros.

A ambos os paradigmas, o norte-americano impõe um direito como integridade, fundado numa comunidade de princípios. Nas palavras de Dworkin (2014, p. 271):

O direito como integridade nega que as manifestações do direito sejam factos do convencionalismo, voltados para o passado, ou problemas instrumentais do pragmatismo jurídico, voltados para o futuro. Insiste que as afirmações jurídicas são opiniões interpretativas que, por esse motivo combinam elementos que se voltam tanto para o passado quanto para o futuro; interpretam a prática jurídica contemporânea como uma política em processo de desenvolvimento.

Sua concepção de direito, assim, funda-se na ideia de um magistrado que, frente à situação concreta, mantenha-se atento ao presente, mas que, dentro das necessidades do caso, se volte ao passado – não em busca de regras fechadas e uniformes estabelecidas por terceiros legitimados (convenções) – mas sim, atrás de: “[...] uma história geral digna de ser contada [...]: a de que a prática atual pode ser organizada e justificada por princípios suficientemente atraentes para oferecer um futuro honrado” (DWORKIN, 2014, p. 274).

Assim, a fim de determinar a aplicação de um princípio, Dworkin acredita num judiciário forte, capaz de determinar a aplicabilidade de um direito através da leitura – presente, passada e futura – da comunidade de princípios. Não por acaso designará por Hércules² o magistrado que têm como missão aplicar o direito como

² Hércules é o juiz construído por Dworkin para responder a necessidade de um direito como coerência e integridade, seu juízo reflexivo: “[...] partiria de uma ordem política completa que possibilitasse o julgamento de qual interpretação apresentada no caso seria mais compatível com a Constituição. Isso demandaria um conhecimento integral das leis promulgadas, bem como de todos

integridade.

A integridade, contudo, deve ser realizada com coerência, o segundo alicerce do modelo de direito criado pelo norte-americano. Isso porque a integridade “[...] exige do magistrado que essas normas sejam coerentes, como se o Estado fosse uma única voz” (DWORKIN, 2014, p. 263). É dizer, não basta que se atinja uma decisão íntegra com os princípios da comunidade, é necessário que casos iguais venham a ter o mesmo tratamento, independente de onde sejam julgados, sob pena de que a própria integridade se perca. *Verbi gratia*, a coerência, indica, ainda, a necessidade de não compartimentar o direito em classes herméticas (direito civil, penal, administrativo), mas sim, de visualizá-lo como um sistema coerente.

Assim, em linhas gerais:

O direito como integridade tem uma atitude mais complexa com relação aos ramos do direito. Seu espírito geral os condena, pois o princípio adjudicativo de integridade pede que os juízes tornem a lei coerente como um todo, até onde se torne possível fazê-lo, [...] Hércules responde a esses impulsos antagônicos procurando uma interpretação construtiva da compartimentalização (DWORKIN, 2014, p.301).

Ocorre, assim, que de forma diversa do que propõe Alexy, para Dworkin a decisão judicial é feita por uma reconstrução – um verdadeiro trabalho hercúleo do magistrado – de encontrar a coerência entre os princípios de uma comunidade. Para ele, os princípios tem natureza, pois, deontológica (DWORKIN, 2007), já que, uma vez identificados, devem incidir sobre a situação por eles tutelada, havendo sempre uma única resposta correta – uma resposta adequada aos fundamentos sobre os quais se funda a sociedade (STRECK, 2014).

Não haveria um sopesamento entre princípios ou valores: os valores, cooriginários que são do direito, se encontrariam na própria norma de princípio, de tal forma que, numa dada situação concreta, o magistrado construiria – insista-se – a resposta adequada aos direitos fundados nessa comunidade.

Em linhas gerais, os paradigmas de jurisdição que ascenderam com o neoconstitucionalismo, assim, abrem importante discussão quanto a uma teoria da decisão baseada na Constituição. Modelos mais formais, como o procedimentalismo

os precedentes eventualmente parelhos ao caso a se julgar. Esses precedentes exerceriam sobre o caso a ser julgado uma *força gravitacional*, que demandaria a consideração do texto extraído do(s) voto(s) que os tivesse originado, mas também, e principalmente, de todos os argumentos e fatos que para sua gênese tivessem contribuído. Apenas a partir daí, Hércules poderia aferir se um precedente serviria de base para fundamentação ou não do caso difícil” (DUARTE, 2012, p. 117, Grifo do autor).

habermasiano, tendem, nessa conjuntura, a dar deliberada atenção aos direitos de liberdade, enquanto, modelos substanciais (como os de Alexy e Dworkin), cuidam de insistir nos direitos de igualdade – é dizer: buscam fazer com que todos os indivíduos, observadas suas peculiares, gozem do direito de forma igualitária e isonômica (igualdade material) (STRECK, 2010), fazendo, por isso, importante análise do conteúdo desses direitos.

Estabelecidos os paradigmas sobre os quais se pretende alicerçar um debate sobre a jurisdição constitucional e as possibilidades de concretização do direito à saúde, cumpre passar para uma análise pormenorizada desse direito no Brasil.

2 DIREITO À SAÚDE NO BRASIL

2.1 AS LINDES DO DESENCANTO

Uma análise que se queira real sobre o direito à saúde no Brasil, tem, em primeiro lugar, que considerar o ineditismo de sua posição enquanto direito, que ocorreu apenas com a promulgação da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Há assim, que se observar que a saúde, antes desta Carta, era atrelada tão apenas ao trabalhador e ao controle de epidemias, sendo, portanto, técnica a serviço do Estado e não direito inerente à pessoa humana.

Isso traz reflexos importantes: a esteira de uma sociedade que entende e reconhece o valor da saúde, sua busca, enquanto direito à prestação, é muito mais efetiva vez que passa a fazer parte da cultura social. Uma análise sobre a saúde, assim, é sempre uma análise sobre como essa é entendida e buscada pela população, ou seja, de como essa população a reconhece como um direito (HABERMAS, 2012).

No Brasil, o tema restou pouco trabalhado nas constituições que se sucederam. As primeiras estruturas criadas para controle da saúde pública surgiram em 1808 e tinham como objetivo a instauração de obrigações tributárias e controle de endemias (BRASIL, 2011). Antes disso: “Nos 400 anos iniciais de nossa história, a maior parte da sociedade se automedicou utilizando-se da ‘medicina popular’” (BRASIL, 2011, p. 23).

É a aglomeração nas áreas urbanas e o desenvolvimento da indústria que vão criar a necessidade do desenvolvimento de uma saúde pública. Como bem aduz Pivetta (2014, p. 31): “A proteção da saúde dos trabalhadores, nesse contexto, se mostrava como essencial à produtividade das fábricas, além de evitar que moléstias se alastrassem também entre os patrões”.

Daí, que no Brasil, o modelo de cuidado que se desenvolveu inicialmente foi propriamente campanhista³, caráter que se estendeu até meados do século XX. Tal

³ “Campanhista Policial ou do Sanitarismo Campanhista [...] do campo da Saúde Pública, capitaneado por Osvaldo Cruz, no Rio de Janeiro, e Emílio Ribas, em São Paulo, baseado na bacteriologia e na imunologia de Pausteur e na ação autoritária e impositiva sobre os corpos individual e social, por meio de campanhas de vacinação (contra varíola e febre amarela), nas ações de desinfecção e na Política Sanitária com sua fiscalização de prédios, atividades e lugares. Foi implantado principalmente nos espaços urbanos essenciais a economia agro-exportadora da República Velha” (BRASIL, 2011, p. 36).

modelo, capitaneado principalmente por Oswaldo Cruz e Emílio Ribas, se baseava centralmente no combate a difusão de epidemias (BRASIL, 2011).

Na lição de Pivetta (2014, p. 118): “Não havia, portanto, um conceito de saúde ligado a ‘qualidade de vida’ ou a ‘proteção da dignidade da pessoa humana’”. E ainda arremata: “[...] a extrema pobreza e a falta de saneamento não eram considerados pelo Poder Público como problemas ligados à saúde” (PIVETTA, 2014, p. 121).

Tal caráter estatal, justamente por sua aplicação em descompasso com o conhecimento e acesso da população à serviços de saúde pública, culminaria cedo ou tarde em revolta popular. A chamada Revolta da Vacina, em 1904, é um expoente desse modelo: desinformação e ação de saúde centralizada pelo Estado. Nas palavras de Pivetta (2014, p. 118):

Como sabia que somente a vacinação maciça poderia controlar a doença [varíola], editou-se um regulamento sanitário que tornou obrigatória – os que se negavam a vacinação eram multados, e o atestado de recebimento da vacina era requisito para matrícula nas escolas, para tomar posse em empregos públicos, para a celebração de casamento etc. Tal medida teve recepção amplamente negativa pela população. A começar pelos adeptos da filosofia positivista, que entendiam a campanha como um “despotismo sanitário”. Entre a população, completamente desinformada, foram disseminados vários mitos, como o receio de que a vacina poderia provocar morte nos cidadãos ou, ainda, deixar a pessoa com cara de bezerro.

O modelo campanhista, nesses termos, não havia como prosperar. Na busca de novas soluções o Estado investiu, ainda em 1953, numa repartição de competências sanitárias: o Ministério da Saúde, a cargo do controle de epidemias, e o Ministério da Previdência Social, responsável pelo oferecimento de tratamentos curativos (BRASIL, 2011). A saúde curativa, assim, ficava restrita aos que possuíam vínculo empregatício. A maior parte da população, contudo, continuava sem acesso aos serviços públicos de saúde.

No campo normativo, o debate, até a Constituição Federal de 1824, era através de uma garantia à “socorros públicos” (SARLET; FIGUEIREDO, s.a.). O termo direito à saúde, propriamente, surgiu apenas com a Constituição Federal de 1934, que, conforme se posicionam Cambi (2010), Streck (2011) e Mendes & Branco (2014), tem marcada inspiração na Constituição de Weimar erigida em 1919 na Alemanha, arraigada no modelo do Estado Social. Tinha, no entanto, não o viés de garantia, mas de fixação de competência, relegando a União e aos Estados, em seu art. 10, inciso II: “cuidar da saúde e assistência públicas”.

Os demais textos constitucionais até o de 1969 – com a emenda nº 1 à carta de 1967 – mantiveram a função delegatória, pouco acrescentando à temática. Todos eles, conforme se depreende do art. 137, alínea I, da carta de 1937 e art. 165, IX e XV, da carta de 1967, o vincularam diretamente aos direitos dos trabalhadores, que tinham como preceitos o auxílio à saúde do trabalhador e o auxílio e irredutibilidade dos vencimentos das gestantes.

Nascida com Caixas de Aposentadorias e Pensões (CAPs), instituídas pela Lei Eloy Chaves (Decreto-lei nº 4.682/23), a assistência à saúde do trabalhador migrou entre diversas estruturas previdenciárias, mormente os Institutos de Aposentadoria e Pensões (IAPs) em 1933, o Instituto Nacional de Previdência Social (INPS) em 1966, e finalmente, o Instituto Nacional de Assistência Médica da Previdência Social (Inamps) em 1977. Em regra, a alteração do perfil estrutural buscou abarcar as alterações causadas pela inflação desses sistemas.

O inchaço populacional nas grandes cidades, assim, mostrava a falência do modelo de saúde centralizado na Previdência. “Na década de 60, o sistema previdenciário mostrava-se incapaz de responder a crescente massa assalariada urbana pela ampliação e melhoria dos serviços” (BRASIL, 2011, p. 24). A estrutura pública criada para atender um pequeno contingente de trabalhadores, foi sendo alargada para o número expressivo de mão de obra que se proliferou com a industrialização ocorrida na segunda metade do século XX. No pano de fundo, a insatisfação popular é crescente e também o é a pressão pela adoção de um modelo de assistência integral à saúde.

Em paralelo ao cenário desenhado no Brasil, no plano internacional os debates acerca de um conceito de saúde, e sua garantia enquanto direito, começam a ser desenvolvidos. Assim, em 7 de Abril de 1948 é constituída a Organização Mundial da Saúde. Nos ditames de seu preâmbulo: “Saúde é um estado completo de bem estar físico, mental e social e não meramente a ausência de doença ou enfermidade”. No documento, a saúde é apontada, ainda, como um bem coletivo fundamental a segurança e paz dos Estados, sendo a desigualdade na adoção de políticas de saúde um perigo comum a todas as nações (OMS, 1948).

Como bem lembra Dallari & Nunes Júnior (2010), por si, a adoção de um conceito já é uma revolução do quadro do entendimento sobre saúde, que em regra, era visualizada apenas como uma ausência de doença. Tal aceção amplia a margem das responsabilidades do Estado na concretização desse direito, pois

amplia, de forma consequente, o próprio campo de incidência do que é considerado “estado de boa saúde”.

Tal regulamento, contudo, não é o único marco internacional. Em 1976 é editado, também, o Pacto Internacional de Direitos Econômicos Sociais e Culturais que dispõe em seu artigo 12: “Os Estados Partes no presente pacto reconhecem o direito de toda a pessoa ao desfrute do mais alto nível possível de saúde física e mental” (BRASIL, 1992). Há, assim, uma crescente valorização internacional do acesso a saúde e à sua realização como direitos inerentes a pessoa humana (DALLARI; NUNES JR., 2010).

Estavam dispostos, nesses termos, os fatores internos e externos para um debate extensivo da saúde no Brasil. A queda do regime militar, em 1985, representou a última fronteira para a discussão do tema, vez que, como bem lembra Pivetta (2014), os militares coíbiavam severamente a pesquisa em saúde, e representaram outro forte empecilho ao desenvolvimento da cultura sanitária no Brasil⁴.

Em 1986, já à égide da constituinte que criaria o texto constitucional de 1988, sob a presidência de Antônio Sérgio da Silva Arouca, instalou-se a 8ª Conferência Nacional de Saúde. Ao relatório final, construindo as premissas que passariam a integrar o projeto da saúde no novo texto constitucional, enfatizou-se a necessidade de universalização dos serviços de saúde, de integralidade da prestação dos serviços e a responsabilidade igual e solidária entre os entes federativos pela sua prestação (BRASIL, 1986).

Estabelecido em três grandes eixos: a saúde como direito, a reformulação do Sistema Nacional de Saúde e o financiamento do setor, o relatório final continha apenas 29 páginas, trazendo em seu bojo o conceito de saúde que seria adotado quase na íntegra pela constituinte, no artigo 196 da CRFB/88:

Direito à saúde significa a garantia, pelo Estado, de condições dignas de vida e de acesso universal e igualitário às ações e serviços de promoção, proteção e recuperação de saúde, em todos os seus níveis, a todos os habitantes do território nacional, levando ao desenvolvimento pleno do ser humano em sua individualidade. (BRASIL, 1986, p. 12).

⁴ Nas palavras de Pivetta (2014, p. 120-121): Destaque-se, a título de exemplo que a repressão na área da pesquisa sanitária era intensa. No episódio conhecido como “Massacre de Manguinhos” (ocorrido em 1970), o presidente Costa e Silva, a pedido do então Ministro da Saúde, Francisco de Paula Rocha Lagoa (ex-aluno da Escola Superior de Guerra), demitiu dez pesquisadores da Fiocruz, com fundamento no art. 6º, §1º do Ato Institucional 5, pelo fato de serem defensores da valorização da pesquisa básica e da criação do Ministério da Ciência, posturas consideradas subversivas.

A maior parte dos debates da 8ª Conferência Nacional de Saúde, assim, passou a integrar a Constituição da República Federativa do Brasil, promulgada em 1988. Depois de séculos, a saúde passa a integrar um rol, inédito, de direitos e garantias fundamentais que vem expresso logo no começo da Carta Maior, antes mesmo do título relativo à organização do Estado (CIARLINI, 2013).

Se no papel se subsumia a concretização de um modelo de saúde ideal, no plano fático, a análise se fazia diferente: sucateada desde as sucessivas alterações dos regimes de previdência, a estrutura de que dispunha a saúde até 1986 foi à mesma que ascendeu a era do acesso universal, igualitário e integral. Só que com ela, erigiram-se séculos de demanda reprimida por serviços públicos sanitários:

Promulgada a Constituição Federal que previu este direito, pode-se concluir que automaticamente gerou-se desequilíbrio entre a oferta de serviços e a demanda, pois não existiu a etapa de preparação da administração pública para assumir essas novas responsabilidades. A oferta estava limitada à rede assistencial existente até então, preparada para atendimento de um público restrito e norteadada pelo viés curativo, em que se privilegiavam os serviços de atenção hospitalar. (BRASIL, 2011. P. 55)

O novo modelo, assim, já nasce defasado. Junto com ele, uma análise da saúde, enquanto direito, surge desde já como uma análise quanto à possibilidade de se exigir do Estado sua concretização, já que ausentes os meios que garantam tal acesso integral e universal com a estrutura que ascendeu pós a Carta de 1988 (CIARLINI, 2013). Há, pois, uma preocupação em definir se tais direitos seriam meras promessas do constituinte ou verdadeiras garantias, oponíveis contra o Estado. Urge, nesses termos, analisar sobre que bases normativas foi fundado o direito à saúde no Brasil.

2.2 DOGMÁTICA DO DIREITO À SAÚDE: A SAÚDE ENQUANTO DIREITO FUNDAMENTAL

Durante a exposição realizada no capítulo 1, observou-se uma evolução histórica do constitucionalismo, ficando implícito, contudo, que “[...] a história do constitucionalismo é a de uma progressiva expansão das esferas de direitos” (CAMBI, 2009, p. 37). Restou exposto, nessa seara, que a primeira forma encontrada pelo povo para limitar o poder dos representantes foi através do estabelecimento de Parlamentos, responsáveis por criar leis que salvaguardassem o

arbítrio do poder Estatal criando direitos contra essa ingerência.

Depois, a necessidade de garantir que os indivíduos possuísem condições mínimas de existência (como alimentação, vestuário, moradia e educação), culminou por fazer ascender um novo tipo de direito, que exigia do Estado uma atitude positiva em prestar essas condições mínimas. Esse momento culminou por transferir uma margem de atuação maior ao executivo, responsável por essas políticas públicas.

Pois bem. Tais “direitos”, como foram relacionados, são separados em gerações ou dimensões, que procuram demonstrar o seu surgimento e sucessão na história, como bem afirmou Cambi (2009). Os primeiros são, *lato sensu*, conhecidos como direitos de liberdade (ou defesa), e os últimos como direitos sociais (ou direitos à prestações) (BOBBIO, 2004). Somados a esses, surgem os direitos difusos, também chamados de direitos de terceira geração/dimensão. Nas palavras de Guerra Filho (2007, p. 43), neste caso “concebe-se direitos cujo sujeito não é mais o indivíduo, nem a coletividade, mas sim o próprio gênero humano”.

Há que se apontar, contudo, que, dentre os doutrinadores, há os que acreditam haver outras gerações/dimensões. Assim para Paulo Bonavides, por exemplo, haveria no contexto atual espaço para se falar numa quarta geração/dimensão de direitos relacionados ao pluralismo político e a democracia (BONAVIDES, 2013). Apesar disso, tal posição ainda é minoritária.

A questão terminológica – gerações ou dimensões – se estende na doutrina pelo seu aspecto simbólico. Assim, enquanto gerações prenunciariam círculos herméticos com início, meio e fim (BOBBIO, 2004), as dimensões demonstrariam que uma geração não sucede a outra, mas sim somatiza, havendo um verdadeiro desenvolvimento histórico desses direitos. Nas palavras de Guerra Filho (2007, p. 43, grifo nosso):

[...] os direitos gestados em uma geração, quando aparecem numa ordem jurídica que já traz direitos da geração sucessiva, assumem outra **dimensão**, pois os direitos de uma geração mais recente tornam-se um pressuposto para entendê-los de forma mais adequada – e, conseqüentemente, também para melhor realizá-los. Assim, por exemplo, o direito individual de propriedade, num contexto e que se reconhece a segunda dimensão dos direitos fundamentais, só pode ser exercido observando-se sua função social, e com o aparecimento da terceira dimensão, observando-se igualmente sua função ambiental.

Tais direitos, ditos como humanos, “[...] aspiram à validade universal, para

todos os povos e tempos, de tal sorte que revelam um inequívoco caráter supranacional” (SARLET, 2007, p. 36). Uma vez consagrados numa ordem constitucional particular, recebem a nomenclatura de direitos fundamentais, pois são “reconhecidos e positivados na esfera do direito constitucional positivo de determinado Estado” (SARLET, 2007, p. 36)

Tal nota de fundamentalidade, para Sarlet (2007, p. 88-89), traduz o seu papel como princípio a ser seguido na condução da atividade executiva estatal, vez que coloca esses direitos como “decisões fundamentais sobre a estrutura básica do Estado e da sociedade”.

O direito à saúde, sob o prisma das dimensões que aqui se assentam, é indubitavelmente um direito social, de segunda dimensão, vez que destinado a assegurar aos indivíduos o acesso a saúde pública nos textos expressos na Carta Maior. Teria, como os demais direitos sociais, a característica de “serem escassos, de modo que os indivíduos apenas acedem a eles se forem despendidos recursos, por eles próprios ou pelo Estado, no fornecimento de prestações fáticas” (SARLET, 2007, p. 39). Nas palavras de Bobbio (2004), se trataria de verdadeiro poder dos indivíduos que poderiam exigir do Estado determinada prestação.

É, ainda, dotado de dupla fundamentalidade: formal e material (SARLET; FIGUEIREDO, s.a.). Nas palavras de Pivetta (2014, p. 45): “A fundamentalidade formal decorre da consagração expressa desses direitos no texto constitucional”, enquanto a fundamentalidade material expressa “[...] as decisões mais importantes sobre a estrutura do próprio Estado.” (PIVETTA, 2014, p. 47). Nesse sentido, além de integrados ao texto constitucional no capítulo concernente aos direitos fundamentais sociais – situação que o coloca como formalmente constitucional – a saúde se expressa como um fundamento essencial da sociedade que constitui-a-ação⁵ do Estado, ou seja, se revela como verdadeiro fundamento material da Constituição (STRECK, 2014).

A classificação quanto às dimensões, contudo, recebe fortes críticas pela doutrina, pois, pode-se ser caracterizada como didática, tem muito pouca aplicação prática quanto ao conteúdo desses direitos. Por essa razão, diversos autores se propuseram a criar outras classificações. A mais famosa – A teoria dos quatro *status*

⁵ Para Streck (2012), a Constituição deve constituir-a-ação dos agentes no Estado Democrático de Direito. Isso significa que ela tem que ser fundamento do sistema jurídico, aplicando-se uma leitura constitucionalizada a todos os demais direitos do ordenamento.

de Jellinek – divide os direitos fundamentais de acordo com a função desses direitos: *status passivo ou subiectionis*, o *status negativo ou libertatis*, o *status civitatis* e o *status ativo* ou da cidadania ativa.

O primeiro, *status passivo*, diz respeito à posição do indivíduo como detentor de deveres junto à ordem constitucional. Trata-se, pois, das situações em que o indivíduo deve se sujeitar a imposição estatal (ALEXY, 2008a). O segundo, o *status negativus*, é o que determina a esfera de liberdade do indivíduo contra a ingerência do Estado. Aqui, reúnem-se os direitos de defesa mais simples como liberdade, expressão, propriedade, etc.

O *status activus*, por sua vez, diz respeito ao poder de participação para constituir a vontade política do Estado. Por meio dele, os indivíduos participam do processo democrático. São exemplos o direito a votar e a ser votado (SARLET, 2007). O *status civitatis*, por fim, também chamado de *status positivo*, diz respeito ao reconhecimento do homem como dotado de uma “capacidade protegida juridicamente para exigir prestações positivas do Estado” (ALEXY, 2008a, p. 264). Aqui estariam postos direitos como à saúde, a educação, a moradia e a previdência.

A saúde, porém, não se limita ao *status civitatis*, muito embora este seja o predominante. Nas palavras de Alexy (2008a), a classificação de Jellinek, à par de apontar uma organização funcional dos direitos fundamentais, deve considerar que esses possuem feixes de posições jusfundamentais, pois, podem ter mais de uma função das elencadas. Assim, a saúde se trata, também, de um direito de proteção (*status negativus*), pois “[...] impõe que o Estado e outros particulares se abstenham de intervir indevidamente no âmbito de liberdade pessoal relacionada à saúde do indivíduo” (PIVETTA, 2014, p. 43).

No mesmo sentido, o direito à saúde possui, ainda, um *status activus*, pois expressamente determinou a Constituição a necessidade de participação da comunidade na seleção e controle das políticas públicas de saúde (artigo 198, inciso III da CRFB/88). Por esse motivo, como bem o denota Pivetta (2014, p. 45): “O Estado deve estruturar organizações e procedimentos que viabilizem a proteção e a promoção do direito à saúde”.

No que tange a estrutura, as normas constitucionais costumam ainda ser classificadas como regras e princípios, distinção aqui já realizada sob a perspectiva substancialista de Dworkin e Alexy. Como bem o afirmam Mendes & Branco (2014, p. 72): “[...] tanto a regra como o princípio são vistos como espécies de normas uma

vez que ambos descrevem algo que deve ser”, porém, costumam ser diferidos pela abstração, e por sua funcionalidade. Assim: “princípios seriam aquelas normas com teor mais aberto do que as regras” (MENDES; BRANCO, 2014, p. 72).

Outrossim, aos princípios caberia certa virtude multifuncional. Por esse critério “[...] desempenhariam uma função argumentativa” (MENDES;BRANCO, 2014, p. 72), vez que seriam verdadeiros *standarts* de justiça demonstrando a razão de ser de certas normas e institutos.

Sob esse prisma, o direito à saúde é classificado como princípio. Isso porque, como lembrou Ciarlini (2013), representa, pois, um fundamento e um ideário a ser perseguido pelo Estado, cumprindo não só o critério da abstração, como também o de função argumentativa, vez que busca inspirar outras regras e princípios.

Outra classificação que comumente se subjaz aos direitos fundamentais, diz respeito a possuírem uma dimensão subjetiva e uma dimensão objetiva. Na escorreita conceituação de Cambi (2009, p. 102-103):

A primeira considera que os direitos são pretensões de vontade, sendo instrumentos para a realização de interesses individuais, que integram a autonomia pessoal, o que permite que cada um decida se pretende exercer ou renunciar aos seus direitos. Pela segunda visão, o direito não serve para liberar a vontade do homem, já que esta, por si só, pode conduzir ao arbítrio e à desordem. Cabe aos direitos conduzir a autonomia da vontade a uma justa dimensão, voltada à adoção de medidas políticas orientadas à justiça, compreendida como bem comum. Assim, a dimensão objetiva trata os direitos como consequência ou reflexo de um direito justo, como tarefa a ser realizada pelos governantes e como dever de promoção dos direitos dos mais fracos.

Nesse sentido, numa perspectiva subjetiva, a saúde seria compreendida como um direito que pode ser buscado através de instrumentos processuais próprios que imponham sua prestação pelo Estado. No plano objetivo, contudo, seria medida de política pública, cabendo à Administração determinar, dentro da escassez de seus recursos, quais prestações de saúde disponibilizaria a população.

A adoção de uma postura subjetiva para a saúde, contudo, não passa incólume pela doutrina. Diferente dos direitos de primeira dimensão, que são largamente compreendidos em seu duplo aspecto – objetivo e subjetivo – os direitos sociais são comumente associados à natureza programática, que tolhe a sua confirmação como plenamente subjetivos, exigindo o debate quanto a uma disponibilidade orçamentária do Estado. Tal discussão, todavia, realiza-se no plano da aplicabilidade, que deve, pois, ser verificado.

Assim, no plano da aplicabilidade, as normas constitucionais são comumente classificadas em normas de eficácia plena, contida e limitada, na clássica divisão de José Afonso da Silva (2008a; 2008b). O mesmo estabelece que, *lato sensu*, tratam-se de normas de eficácia plena àquelas normas diretamente subsumíveis sem qualquer limitação ou dependência de complementação normativa, e normas de eficácia contida quando, apesar de desde já produzirem efeitos, puderem ser limitadas por legislação superveniente.

Já as normas de aplicabilidade limitada na definição de Silva (2008a, p. 83): “[...] somente incidem totalmente sobre esses interesses após uma normatividade ulterior que lhes desenvolva a eficácia, conquanto tenham uma incidência reduzida e surtam outros efeitos jurídicos não-essenciais”. Tais normas se subdividem em normas programáticas e normas de princípio institutivo.

As normas de princípio institutivo, nas palavras de Mendes & Branco (2014, p. 70) são “referentes às que contém um apanhado geral, um início de estruturação de institutos e instituições, entidades e órgãos”. Dessa categoria, são exemplos, o art. 22, § único e o artigo 33 da CF/88.

Já as normas programáticas, na definição de Sarlet (2007, p. 309) são:

[...] normas que apresentam a característica comum de uma (em maior ou menor grau) baixa densidade normativa, ou, se preferirmos, uma normatividade insuficiente para alcançarem plena eficácia, porquanto se trata de normas que estabelecem programas, finalidades e tarefas a serem implementados pelo Estado, ou que contêm determinadas imposições de maior ou menor concretude dirigidas ao legislador.

Uma norma programática, assim, é uma exigência constitucional para que se realize determinado fim ou meta, o que é uma característica comum do Estado Democrático de Direito, que busca salvaguardar direitos e garantias contra maiorias eventuais (STRECK, 2011). Sua aplicabilidade, contudo, fica a cargo de complementação normativa e das possibilidades orçamentárias do Estado (SILVA, 2008a).

Essas possibilidades orçamentárias, que serão mais bem debatidas no capítulo que se segue, são geralmente associadas à realidade de que os direitos têm custos (CIARLINI, 2013), e que no que tange aos direitos sociais, esses custos correspondem à necessidade de a Administração fazer escolhas alocativas, o que limitaria o grau de realização do princípio.

Não há, todavia que se duvidar de sua juridicidade, pois, “O simples fato de serem inscritas nela [Constituição] atribui-lhes natureza de normas fundamentais essenciais, e não se pode olvidar de sua juridicidade, nem de seu valor normativo” (SILVA, 2008a, p. 79). Assim, há que se observar que independente da possibilidade de sua plena eficácia, tais normas possuem certa imperatividade, pois permanecem sendo limites ao legislador, metas para o executivo e fundamento para decisões judiciais constitucionalmente adequadas (MENDES; BRANCO, 2014).

Do exposto, o direito à saúde se compõe, no campo de sua aplicabilidade, em norma de eficácia limitada e de natureza programática. É nesta seara que reside a dificuldade em consagrá-lo como direito plenamente subjetivo, vez que estaria condicionado a recursos estatais e disposições normativas infraconstitucionais.

A dúvida que paira sobre a classificação da saúde como direito fundamental de natureza programática, assim, diz respeito ao limiar entre o que já foi concretizado, e, portanto, se revelaria como direito subjetivo; o que ainda é programa, não podendo ser exigido do Estado e, até mesmo, naquilo que ainda não foi concretizado, mas que é considerado como fundamental a uma existência digna, devendo ser prestado independente de conformação legislativa.

É nesse ponto que a atuação da jurisdição constitucional passa a ser o caminho para a discussão da querela já exposta no primeiro capítulo: até que ponto o judiciário pode se imiscuir na realização de políticas públicas de saúde sem ferir a separação dos poderes e sem possuir a mesma legitimidade democrática do legislativo e do executivo? A fim de criar mais contornos que possibilitem essa discussão, cumpre verificar a tessitura normativa da saúde no ordenamento jurídico de *terrae brasiliis*.

2.3 A SAÚDE NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988

O direito à saúde se encontra inicialmente insculpido ao artigo 6º da Carta Maior, que cuida de relacionar uma série de direitos sociais. Topograficamente, se subjaz ao Título II – Dos direitos e garantias fundamentais, Capítulo II – Dos Direitos Sociais, donde explicita a sua colocação como direito fundamental a ser perseguido pelo Estado.

Outrossim, recebe seção própria no Título VIII – Da ordem social, no capítulo II, concernente a seguridade social, a partir do artigo 196 do Diploma Constitucional.

Tal seção cuida de expor, de forma clara, a abrangência do direito à saúde no âmbito da Carta:

Art. 196. A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação.

Nota-se, inicialmente, que se trata de direito que deve ser estendido a todos e assegurado pelo Estado. Para Mendes & Branco (2014, p. 643), “É possível identificar na redação do artigo constitucional tanto um direito individual quanto um direito coletivo de proteção à saúde”. Nesse sentido a expressão “todos”, diz respeito não apenas à coletividade, mas também a cada indivíduo isoladamente, reconhecendo, assim, um caráter subjetivo ao direito à saúde.

A ideia de tratar-se de dever do Estado, por outro lado, deixa clara a opção do constituinte em tornar a saúde serviço público (MENDES; BRANCO, 2014) que deve ser fornecido pela Administração Pública – nesse caso compreendidas as esferas municipal, estadual e a União, por força do artigo 23, inciso II que relega competência concorrente a esses entes para “cuidar da saúde pública”.

Contudo, como bem o lembram Dallari & Nunes Jr. (2010, p. 70), não se trata de mera responsabilidade de prestar o serviço de saúde, mas também “[...] a sua regulamentação, fiscalização e controle, nos termos do art. 197 da Lei maior”, vez que pode ser o serviço prestado pelo Estado ou por particular.

Do enunciado do artigo 196 da CF/88, ainda deve ser destacado que cuidou o legislador de dispor que o acesso à saúde seria universal e igualitário. Ficam, nesse sentido, estabelecidos dois princípios que norteiam a saúde pública: a universalidade e a igualdade.

A universalidade, como aqui já restou assentado, é vinculada à restrição outrora realizada pelo Estado, pela prestação da saúde apenas aos trabalhadores. Buscou-se, nesse sentido, estabelecer que “qualquer ser humano – só por sê-lo – deve ter acesso a esses serviços de atenção” (DALLARI; NUNES JR., 2010, p. 73), retirando, assim, qualquer espécie de discriminação. Ainda nessa linha, Pivetta (2014, p. 169), ressalta, no entanto, que “[...] a forma de aceder às prestações do SUS não precisa ser a mesma para todos os cidadãos”, haja vista a previsão constitucional da isonomia. Nesses termos, embora universal, pode o sistema

estabelecer linhas de cuidados e diferenciações nos modelos de acesso, situação que não ofende o Diploma Constitucional.

A igualdade, por sua vez, não se difere da estampada no *caput* do artigo 5º da Constituição e também, como bem o lembram Dallari & Nunes Jr. (2010), no artigo 19, inciso III da Carta Maior, que veda aos entes federativos estabelecer “distinções entre brasileiros ou preferências entre si”. A ressalva, mais uma vez, fica a cargo da equidade e da isonomia, de tal forma que desiguais exigem tratamentos desiguais (SARLET; FIGUEIREDO, s.a).

O artigo 198 do Diploma Constitucional, por sua vez, deixa claro que a saúde será exercida de forma regionalizada e por sistema único (*caput*), sendo devida a participação da comunidade (inciso III) e tendo o atendimento caráter integral (inciso II). Ademais, cuida o parágrafo primeiro de deixar expresso que as verbas destinadas à saúde serão extraídas de “recursos do orçamento da seguridade social, da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, além de outras fontes”, ressaltando a responsabilidade coletiva desses entes federativos. Tal parágrafo ainda fixa o mínimo de 15% do orçamento para o custeio desse serviço pela União, deixando o constituinte claro, nesses termos, que pretendia vincular um orçamento mínimo para sua prestação.

Do presente artigo, a doutrina colaciona outros dois princípios que seriam inerentes a saúde: a integralidade e a regionalização. O primeiro estabelecendo que “o dever do Estado não pode ser limitado, mitigado ou dividido, pois a saúde [...] pressupõe uma abordagem assistencial completa, vale dizer, integral, envolvendo todos os aspectos a ela relacionados” (DALLARI; NUNES JR., 2010, p. 75). Nesse sentido, entende a doutrina que todas as prestações necessárias e suficientes para uma boa condição de saúde devem ser abarcadas entre os serviços prestados pela Administração, sejam eles de caráter preventivo ou curativo.

A lei 8.080/1990, em especial atenção a questão, buscou delimitar bem o conteúdo do princípio ao estabelecer a integralidade como um “conjunto articulado e contínuo das ações e serviços preventivos e curativos, individuais e coletivos, exigidos para cada caso em todos os níveis de complexidade do sistema” (art. 7º), denotando, uma vez mais, o aspecto amplo que se reveste o princípio.

A regionalização, por sua vez, diz com a estrutura de saúde que deve ser construída para que todos os indivíduos tenham acesso ao serviço. Tal como intenta Pivetta (2014, p. 132): “realça a valorização da esfera local como unidade

privilegiada das políticas públicas sanitárias” e, para além disso, que haja certo direcionamento comum entre as Unidades da Federação quanto a execução dos serviços de saúde, com atribuições específicas a cada uma delas. Para Mendes & Branco (2014, p. 645) essa seria, na visão do constituinte, a “forma de melhor concretizar esse direito social”, atribuindo um caráter de rede ao sistema da saúde.

Outrossim, dispõe o artigo 200 da Lei Maior que tal sistema único de saúde deve assumir diversas competências além da prestação do atendimento médico-hospitalar, dentre as quais executar políticas sanitárias e epidemiológicas (inciso II), “[...] participar da produção de medicamentos, equipamentos, imunobiológicos, hemoderivados e outros insumos” (inciso I), contribuir para o “desenvolvimento científico e tecnológico e a inovação” na área da saúde (inciso IV), e até mesmo, “colaborar na proteção do meio ambiente, nele compreendido o do trabalho” (inciso VIII), dando amplitude salutar à competência sanitária. Tal rol de competências e garantias precisava, pois, de extensa regulamentação pelo constituinte derivado.

Assim, para fins de regulação da matéria disposta no texto constitucional, foi editada a lei 8.080/1990 que “Dispõe sobre as condições para a promoção, proteção e recuperação da saúde, a organização e o funcionamento dos serviços correspondentes e dá outras providências”. Trata-se, pois de norma matriz que regulamenta o Sistema Único de Saúde, o SUS.

Além de delimitar as competências de cada um dos entes federados e dar-lhes outras atribuições comuns (artigos 16, 17 e 18), definir as diretrizes que norteiam o SUS (art. 7º), e delimitar a organização e gestão dos serviços (art. 8º), a Lei 8.080/90 estabeleceu a necessidade de criação de Protocolos Clínicos e Diretrizes Terapêuticas – PDCT, que serviriam, nos termos do art. 19-M como norteadores da aplicação integral da saúde.

O próprio regramento cuida de conceituar o PDCT:

Art. 19-N. Para os efeitos do disposto no art. 19-M, são adotadas as seguintes definições:

[...]

II - protocolo clínico e diretriz terapêutica: documento que estabelece critérios para o diagnóstico da doença ou do agravo à saúde; o tratamento preconizado, com os medicamentos e demais produtos apropriados, quando couber; as posologias recomendadas; os mecanismos de controle clínico; e o acompanhamento e a verificação dos resultados terapêuticos, a serem seguidos pelos gestores do SUS.

Nesses termos, há que se consignar que “os protocolos clínicos e diretrizes

terapêuticas, portanto, delimitam o conteúdo do direito à saúde” (PIVETTA, 2014, p. 150), pelo menos no que tange a sua abrangência normativa, vez que “a partir deles são estruturadas as ações e serviços de saúde a serem ofertados à população com financiamento do Poder Público” (PIVETTA, 2014, p. 149).

Em síntese: cuidam os PCDT's de elencar toda a linha de cuidado necessária a determinada patologia, relacionando todos os procedimentos, materiais e medicamentos que o SUS disponibilizará para sua atuação preventiva e curativa e, portanto, aos quais se responsabiliza – civil e penalmente – a prestar à população. Para definição desses procedimentos, assim, há que ser realizado rigoroso estudo pela Comissão de Incorporação de Tecnologias do SUS (art. 19-Q), buscando a máxima certeza e segurança quanto ao produto final entregue ao consumidor.

Observa-se, assim, que com a estrutura desenvolvida pela Constituição, reforçada pela extensa regulamentação que foi realizada no setor, o problema da concretização da saúde não pode ser avaliado sob o viés da eficácia limitada, mas sim, através da análise do conteúdo e da extensão desses direitos, o que retira o debate da seara legislativa e o desloca para o Judiciário.

É dizer, uma vez desenvolvida ampla regulamentação, a maior gama das tutelas de saúde não vai exigir a complementação legislativa, mas sim, o desejo de ser reconhecida como direito subjetivo a prestação, ocasião em que o magistrado deverá decidir, calcado em determinado paradigma (substancial ou procedimental) se analisa ou não a extensão e a aplicabilidade desse direito, redundando em maior ou menor interferência do Judiciário nos demais poderes.

2.4 JUDICIALIZAÇÃO E ATIVISMO

Do exposto até o momento podemos chegar a três importantes conclusões: i) no Estado Democrático de Direito verifica-se um deslocamento entre os poderes Legislativo e Executivo em direção aos tribunais, ii) nos países de modernidade tardia, tal deslocamento é agravado pela falta de realização de direitos básicos, suscitando a necessidade de manifestação do Judiciário quanto a extensão e possibilidade de concretização de um direito, e iii) a saúde no Brasil, nos moldes de sua composição histórica, ascende a Constituição de 1988 já com enorme *déficit* social, o que vai culminar em uma demanda reprimida que buscará resposta junto ao Judiciário.

Nesse ponto dois debates são cruciais: o que se entende e como se realiza no Brasil o ativismo judicial e a judicialização da política – aqui, com foco no direito à saúde; e, por outro lado, se assiste, *ipso facto*, à jurisdição a legitimidade para a realização desse tipo de postura.

Uma vez confrontado com tais demandas, “cabe ao judiciário verificar se a não prestação do atendimento à saúde decorre de omissão legislativa ou administrativa, considerada inconstitucional, buscando critérios razoáveis na concretização do direito fundamental social” (CAMBI, 2009, p. 440).

Ocorre, que uma vez declarando uma omissão como inconstitucional, pode o judiciário determinar a realização do direito e, desse modo, imiscuir-se em política que seria propriamente legislativa ou executiva. O juiz, assim, deixaria de ser neutro para tomar uma postura propriamente política (COURA, 2009).

É nesse sentido que Barroso (2008, p. 2) compreende que o fenômeno da Judicialização: “[...] significa que algumas questões de larga repercussão política e social estão sendo decididas por órgãos do Poder Judiciário, e não pelas instâncias tradicionais: o Congresso Nacional e o Poder Executivo”. E complementa: “[...] envolve uma transferência de poder para os juízes e tribunais”.

O autor elenca três situações que têm propiciado o aumento desse fenômeno no Brasil, mormente o modelo adotado pelo constituinte com a redemocratização realizada em 1988; a constitucionalização dos direitos que trouxe para Carta Magna inúmeras matérias que eram relegadas ao constituinte derivado e infraconstitucional e o sistema brasileiro de controle de constitucionalidade (BARROSO, 2008). Nesses termos, a judicialização seria uma consequência natural do modelo neoconstitucionalista adotado pelo Brasil. Nas palavras de Streck (2014, p. 121): “[...] a judicialização é inevitável”.

Em contrapartida, o ativismo judicial “é uma atitude, a escolha de um modo específico e proativo de interpretar a Constituição, expandindo o seu sentido e alcance” (BARROSO, 2008, p. 4). Trata-se, portanto, de retirar do texto constitucional normatização que não lhe é expressa, mas que em tese pode ser deduzida de seus princípios e fundamentos.

Barroso (2008, p. 4), nesse viés elenca posturas que podem ser consideradas manifestamente ativistas:

- (i) a aplicação direta da constituição a situações não expressamente

contempladas em seu texto e independentemente de manifestação do legislador ordinário; (ii) a declaração de inconstitucionalidade de atos normativos emanados do legislador, com base em critérios menos rígidos que os de patente e ostensiva violação da Constituição; (iii) a imposição de condutas ou de abstenções ao poder público, notadamente em matéria de políticas públicas.

Há que se observar, assim, que há uma preocupação, por parte da doutrina, em diferenciar a judicialização do ativismo judicial. O primeiro seria, assim, um movimento normal de deslocamento para o Judiciário de diferentes situações da vida. Significa, diretamente, que este poder é chamado a intervir em um número cada vez maior de demandas, incluindo aquelas que originalmente seriam prestadas pelo Legislativo e pelo Executivo. O ativismo, por sua vez, elenca uma postura proativa. Trata-se de “[...] uma participação ampla e intensa do judiciário na concretização de valores constitucionais, com maior interferência no espaço de atuação dos outros dois Poderes” (BARROSO, 2008, p. 4)

No que tange a saúde, é possível verificar um dimensionamento de ambos os fenômenos. Assim, segundo pesquisa realizada em 2015, estimam-se em torno de 393 (trezentos e noventa e três) mil processos tramitando tendo por escopo prestações de saúde, sendo que os gastos com as demandas judiciais na área aumentaram 374% (trezentos e setenta e quatro) nos últimos quatro anos, alcançando um total de 871 (oitocentos e setenta e um) milhões de reais investidos no cumprimento de sentenças judiciais somente no ano de 2014, além de um acréscimo de 114 novos procedimentos e medicamentos incorporados à lista do SUS (CANCIAN, 2015).

Se de um lado a vertente da judicialização parece advir do próprio histórico da saúde, que apesar de ser positivada como integral, acedeu como estrutura precária ao Estado Democrático de Direito relegando várias ações quanto aos procedimentos já positivados pelo Estado, o ativismo, por sua vez, se releva no aumento constante de medicamentos e procedimentos não previstos na lista do SUS e que, por via judicial, passaram a integrar essa lista, fugindo do procedimento para implantação de Protocolos e Diretrizes Terapêuticas estabelecidos pela legislação a serem seguidos pelo Executivo.

Há que se observar, ainda, que falar em uma jurisdição constitucional é falar não apenas em controle concentrado (STF), mas, também, em controle difuso (que pode ser realizado por qualquer juiz), pelo que se assenta a necessidade de

visualizar não apenas o macro, mas também o micro. Nesse sentido, lembra Streck (2014, p. 291) que: “Em São Paulo, por exemplo, os gastos da Secretaria Estadual de Saúde com medicamentos por conta de condenações judiciais em 2011 chegaram a R\$ 515 milhões, quase 90 milhões gastos além do orçamento do ano destinado a medicamentos”. Segundo as avaliações do autor, vários Estados acabam por ultrapassar seus orçamentos em saúde somente no cumprimento de decisões judiciais.

A discussão que se segue, diz respeito aos limites desse ativismo e dessa judicialização. Pode o Judiciário se imiscuir nas políticas de saúde a ponto de ocupar todo o orçamento do Executivo para esse fim? Quais os limites para atuação do Judiciário na concretização do direito à saúde no Brasil? O capítulo seguinte procura, nesse sentido, verificar em que termos vêm sendo construída uma teoria da decisão da saúde no Brasil.

3 O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E A TUTELA DA SAÚDE NO BRASIL

Depois de analisar os paradigmas que discutem a jurisdição constitucional – mormente o procedimentalismo e o substancialismo – e discutir sobre que bases está alicerçado o direito à saúde no ordenamento jurídico pátrio, passa-se a verificação de como esse direito vem sendo tutelado no âmbito do Judiciário, e sobre que bases é construída a fundamentação que nega ou concede direitos à saúde no Brasil.

Inicialmente, há que se apontar, com Ciarlini (2013, p. 39) que a posição dos tribunais superiores brasileiros, mormente o Superior Tribunal de Justiça – STJ e o Supremo Tribunal Federal – STF, “[...] é no sentido de que as normas constitucionais garantidoras do direito à saúde tem aplicabilidade imediata, à vista da preponderância do direito à vida e da fundamentalidade das pretensões de saúde”.

Contudo, observa-se, ainda, a incidência de duas posturas:

A primeira delas é essencialmente substancialista, no sentido de realização do Estado do Bem Estar, inclusive com a imposição pelo Poder Judiciário de obrigações de atendimento ao direito social à saúde numa perspectiva individual. A outra tende a dar ênfase à realização de políticas públicas pelo Poder Executivo, em virtude de seu maior alcance quanto aos destinatários, em detrimento da possibilidade de concretização de direitos subjetivos individuais prestacionais (CIARLINI, 2013, p. 54).

Exemplo dessa primeira postura, essencialmente substancialista, diz respeito ao Agravo Regimental no Recurso Extraordinário – AgRE 827.997 do Rio de Janeiro⁶ de relatoria do Ministro Celso de Mello datado de 22 de setembro de 2014.

⁶ PACIENTE COM ANEMIA FALCIFORME E NEFROPATIA CRÔNICA. PESSOA DESTITUÍDA DE RECURSOS FINANCEIROS. DIREITO À VIDA E À SAÚDE. NECESSIDADE IMPERIOSA DE SE PRESERVAR, POR RAZÕES DE CARÁTER ÉTICO-JURÍDICO, A INTEGRIDADE DESSE DIREITO ESSENCIAL.FORNECIMENTO GRATUITO DE MEIOS INDISPENSÁVEIS AO TRATAMENTO E À PRESERVAÇÃO DA SAÚDE DE PESSOAS CARENTES. DEVER CONSTITUCIONAL DO ESTADO (CF, ARTS. 5º, “CAPUT”, E 196). PRECEDENTES (STF). RE CONHECIDO E PROVIDO. Reconsidero a decisão ora agravada, restando prejudicado, em consequência, o exame do recurso contra ela interposto. Passo, desse modo, a apreciar este apelo extremo. [...] Tal como pude enfatizar, em decisão por mim proferida no exercício da Presidência do Supremo Tribunal Federal, em contexto assemelhado ao da presente causa (Pet 1.246-MC/SC), **entre proteger a inviolabilidade do direito à vida e à saúde, que se qualifica como direito subjetivo inalienável assegurado a todos pela própria Constituição da República (art. 5º, “caput”, e art. 196), ou fazer prevalecer, contra essa prerrogativa fundamental, um interesse financeiro e secundário do Estado, entendo uma vez configurado esse dilema que razões de ordem ético-jurídica impõem ao julgador uma só e possível opção: aquela que privilegia o respeito indeclinável à vida e à saúde humanas.** Cumpre não perder de perspectiva que o direito público subjetivo à saúde representa prerrogativa jurídica indisponível assegurada à generalidade das pessoas pela própria Constituição da República. Traduz bem jurídico constitucionalmente tutelado,por cuja integridade

No caso em epígrafe, a decisão da Egrégia Corte reformou decisão dada pelo Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro que negava prestação de transporte gratuito a paciente portadora de esquizofrenia paranóide e doença maníaco-depressiva crônica, com episódios de tentativa de suicídio, sob o argumento de “ausência de fonte de custeio” para o serviço.

Entendeu o ministro que o oferecimento do transporte gratuito à paciente era meio indispensável para realização de seu tratamento, vez que a mesma não

deve velar, de maneira responsável, o Poder Público, a quem incumbe formular – e implementar – políticas sociais e econômicas que visem a garantir, aos cidadãos, o acesso universal e igualitário à assistência médico-hospitalar. **O caráter programático da regra inscrita no art. 196 da Carta Política que tem por destinatários todos os entes políticos que compõem, no plano institucional, a organização federativa do Estado brasileiro (JOSÉ CRETILLA JÚNIOR, “Comentários à Constituição de 1988”, vol. VIII/4332-4334, item n. 181, 1993, Forense Universitária) não pode converter-se em promessa constitucional inconsequente, sob pena de o Poder Público, fraudando justas expectativas nele depositadas pela coletividade, substituir, de maneira ilegítima, o cumprimento de seu impostergável dever, por um gesto irresponsável de infidelidade governamental ao que determina a própria Lei Fundamental do Estado.** Nesse contexto, incide, sobre o Poder Público, a gravíssima obrigação de tornar efetivas as prestações de saúde, incumbindo-lhe promover, em favor das pessoas e das comunidades, medidas – preventivas e de recuperação –, que, fundadas em políticas públicas idôneas, tenham por finalidade viabilizar e dar concreção ao que prescreve, em seu art. 196, a Constituição da República. O sentido de fundamentalidade do direito à saúde que representa, no contexto da evolução histórica dos direitos básicos da pessoa humana, uma das expressões mais relevantes das liberdades reais ou concretas impõe ao Poder Público um dever de prestação positiva que somente se terá por cumprido, pelas instâncias governamentais, quando estas adotarem providências destinadas a promover, em plenitude, a satisfação efetiva da determinação ordenada pelo texto constitucional. Ve-se, desse modo, que, mais do que a simples positivação dos direitos sociais – que traduz estágio necessário ao processo de sua afirmação constitucional e que atua como pressuposto indispensável à sua eficácia jurídica (JOSÉ AFONSO DA SILVA, “Poder Constituinte e Poder Popular”, p. 199, itens ns. 20/21, 2000, Malheiros) –, recai, sobre o Estado, inafastável vínculo institucional consistente em conferir real efetividade a tais prerrogativas básicas, em ordem a permitir, às pessoas, nos casos de injustificável inadimplemento da obrigação estatal, que tenham elas acesso a um sistema organizado de garantias instrumentalmente vinculado à realização, por parte das entidades governamentais, da tarefa que lhes impôs a própria Constituição. **Não basta, portanto, que o Estado meramente proclame o reconhecimento formal de um direito. Torna-se essencial que, para além da simples declaração constitucional desse direito, seja ele integralmente respeitado e plenamente garantido, especialmente naqueles casos em que o direito – como o direito à saúde – se qualifica como prerrogativa jurídica de que decorre o poder do cidadão de exigir, do Estado, a implementação de prestações positivas impostas pelo próprio ordenamento constitucional.** Cumpre assinalar, finalmente, que a essencialidade do direito à saúde fez com que o legislador constituinte qualificasse, como prestações de relevância pública, as ações e serviços de saúde (CF, art. 197), em ordem a legitimar a atuação do Ministério Público e do Poder Judiciário naquelas hipóteses em que os órgãos estatais, anormalmente, deixassem de respeitar o mandamento constitucional, frustrando-lhe, arbitrariamente, a eficácia jurídico-social, seja por intolerável omissão, seja por qualquer outra inaceitável modalidade de comportamento governamental desviante. Todas essas considerações – que ressaltam o caráter censurável da decisão emanada do E. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro – levam-me a acolher a pretensão recursal deduzida pela parte recorrente, especialmente se se considerar a relevantíssima circunstância de que o acórdão ora questionado diverge da orientação jurisprudencial firmada no âmbito do Supremo Tribunal Federal, no exame da matéria (RTJ 171/326- 327, Rel. Min. ILMAR GALVÃO – RE 195.192/RS, Rel. Min. MARCO AURÉLIO – RE 198.263/RS, Rel. Min. SYDNEY SANCHES – RE 237.367/RS, Rel. Min. MAURÍCIO CORRÊA – RE 242.859/RS, Rel. Min. ILMAR GALVÃO – RE 246.242/RS, Rel. Min. NÉRI DA SILVEIRA – RE 279.519/RS, Rel. Min. NELSON JOBIM, v.g) [...] (Grifo nosso)

possuía condições financeiras para realizá-lo *per si*. Assumindo posicionamento já reiterado em outros casos, como o RE 393.175/RS de 01/02/2006, RE 722.600/RS de 19/03/2013 e 767.347/RS de 04/10/2013; afirmou a máxima segundo a qual “A interpretação da norma programática não pode transformá-la em promessa constitucional inconseqüente”, advogando que o reconhecimento formal de um direito é insuficiente, havendo a necessidade de protegê-lo e garanti-lo.

Trata-se, pois, nos termos até aqui expostos, de decisão essencialmente substancialista e de caráter ativista, vez que, se por um lado buscou analisar a essência do direito saúde (substancialismo), também culminou por retirar do texto constitucional obrigação que dele, explicitamente, não se contém, impondo condutas à Administração Pública (atitude compatível com o ativismo judicial).

Há que se observar, assim, que o ministro deduziu do direito à saúde, um direito de acesso à saúde – através do transporte gratuito – fazendo clara interpretação do conteúdo do dispositivo constitucional, ainda que no contexto singular do caso em concreto. É dizer: cuidou de analisar a abrangência do direito, deduzindo dele prestação que não se encontra explícita em legislação e nem havia sido deferida pelo Executivo.

Exemplo da segunda postura assumida pelo Supremo Tribunal Federal é a Suspensão de Tutela Antecipada de nº 91 do Estado do Alagoas (STA 91/AL), de relatoria da Ministra Ellen Gracie, publicada em 05 de março de 2007⁷.

⁷ 1. O Estado do de Alagoas, com fundamento no art. 4º da Lei 8.437/92 e no art. 1.º da Lei 9.494/97, requer a suspensão da execução da tutela antecipada concedida na Ação Civil Pública n.º 001.06.014309-7 (fls. 27/47), que determinou àquele ente federado o fornecimento de medicamentos necessários para o tratamento de pacientes renais crônicos em hemodiálise e pacientes transplantados (fls. 23/26) . O requerente sustenta, em síntese: a) cabimento do presente pedido de suspensão, visto que o Presidente do Tribunal de Justiça do Estado de Alagoas indeferiu o pedido de suspensão de tutela antecipada ajuizada perante aquela Corte estadual (fls. 88/94), negando seguimento ao agravo regimental intempestivamente interposto (fls. 110/112) e, posteriormente, ao próprio pedido de reconsideração (fls. 116/118); b) **ocorrência de grave lesão à economia pública, porquanto a liminar impugnada é genérica ao determinar que o Estado forneça todo e qualquer medicamento necessário ao tratamento dos transplantados renais e pacientes renais crônicos, impondo-lhe a entrega de "(...) medicamentos cujo fornecimento não compete ao Estado dentro do sistema que regulamenta o serviço, (...)"** (fl. 08). Nesse contexto, ressalta que ao Estado de Alagoas compete o fornecimento de medicamentos relacionados no Programa de Medicamentos Excepcionais e de alto custo, em conformidade com a Lei n.º 8.080/90 e pela Portaria n.º 1.318 do Ministério da Saúde. c) existência de grave lesão à ordem pública, vista aqui no âmbito da ordem jurídico-administrativa, porquanto o fornecimento de medicamentos, além daqueles relacionados na Portaria n.º 1.318 do Ministério da Saúde e sem o necessário cadastramento dos pacientes, inviabiliza a programação do Poder Público, o que compromete o adequado cumprimento do Programa de fornecimento de medicamentos excepcionais. 2. O Presidente do Superior Tribunal de Justiça, Ministro Barros Monteiro, ao afirmar que a causa de pedir, na ação ordinária, ostenta índole constitucional, porque envolve a interpretação e aplicação dos arts. 23, inc. II e 198, inc. I da Constituição Federal negou seguimento ao pedido e determinou o envio dos presentes autos ao

Neste acórdão paradigma, a ministra concluiu que a tutela antecipada que deferiu que o Estado prestasse todo e qualquer medicamento que se fizesse necessário a pacientes renais crônicos não poderia prosperar frente aos princípios da dignidade da pessoa humana e de grave lesão à economia pública.

Evidenciou em seu voto, ainda, que as decisões de saúde não podem considerar situações individuais, mas sim, toda a coletividade, vez que a saúde pública se norteia pela universalidade e pela igualdade. Concluiu que a prestação dos medicamentos, nos termos deferidos pela tutela antecipada, estaria “[...] diminuindo a possibilidade de serem oferecidos serviços de saúde básicos ao

Supremo Tribunal Federal (fls. 121/122). 3. A Procuradoria-Geral da República opinou pelo deferimento do pedido (fls. 128/134). 4. Inicialmente, reconheço que a controvérsia instaurada no mandado de segurança em apreço evidencia a existência de matéria constitucional: **alegação de ofensa aos arts. 23, inc. II e 198, inc. I da Constituição da República e aos princípios da dignidade da pessoa humana e da solidariedade**. Dessa forma, cumpre ter presente que a Presidência do Supremo Tribunal Federal dispõe de competência para examinar questão cujo fundamento jurídico é de natureza constitucional (art. 297 do RISTF, c/c art. 25 da Lei 8.038/90), conforme firme jurisprudência desta Corte, destacando-se os seguintes julgados: Rcl 475/DF, rel. Ministro Octavio Gallotti, Plenário, DJ 22.4.1994; Rcl 497-AgR/RS, rel. Ministro Carlos Velloso, Plenário, DJ 06.4.2001; SS 2.187-AgR/SC, rel. Ministro Maurício Corrêa, DJ 21.10.2003; e SS 2.465/SC, rel. Min. Nelson Jobim, DJ 20.10.2004. 5. A Lei 8.437/92, em seu art. 4º, autoriza o deferimento do pedido de suspensão de execução de liminar para evitar grave lesão à ordem, à saúde, à segurança e à economia públicas. **Verifico estar devidamente configurada a lesão à ordem pública, considerada em termos de ordem administrativa, porquanto a execução de decisões como a ora impugnada afeta o já abalado sistema público de saúde**. Com efeito, a gestão da política nacional de saúde, que é feita de forma regionalizada, busca uma maior racionalização entre o custo e o benefício dos tratamentos que devem ser fornecidos gratuitamente, a fim de atingir o maior número possível de beneficiários. **Entendo que a norma do art. 196 da Constituição da República, que assegura o direito à saúde, refere-se, em princípio, à efetivação de políticas públicas que alcancem a população como um todo, assegurando-lhe acesso universal e igualitário, e não a situações individualizadas**. A responsabilidade do Estado em fornecer os recursos necessários à reabilitação da saúde de seus cidadãos não pode vir a inviabilizar o sistema público de saúde. No presente caso, ao se conceder os efeitos da antecipação da tutela para determinar que o Estado forneça os medicamentos relacionados “(...) e outros medicamentos necessários para o tratamento (...)” (fl. 26) dos associados, **está-se diminuindo a possibilidade de serem oferecidos serviços de saúde básicos ao restante da coletividade**. Ademais, a tutela concedida atinge, por sua amplitude, esferas de competência distintas, sem observar a repartição de atribuições decorrentes da descentralização do Sistema Único de Saúde, nos termos do art. 198 da Constituição Federal. Finalmente, verifico que o Estado de Alagoas não está se recusando a fornecer tratamento aos associados (fl. 59). É que, conforme asseverou em suas razões, Finalmente, verifico que o Estado de Alagoas não está se recusando a fornecer tratamento aos associados (fl. 59). É que, conforme asseverou em suas razões, “(...) a ação contempla medicamentos que estão fora da Portaria n.º 1.318 e, portanto, não são da responsabilidade do Estado, mas do Município de Maceió, (...)” (fl. 07), razão pela qual seu pedido é para que se suspenda a “(...) execução da antecipação de tutela, no que se refere aos medicamentos não constantes na Portaria n.º 1.318 do Ministério da Saúde, ou subsidiariamente, restringindo a execução aos medicamentos especificamente indicados na inicial, (...)” (fl. 11). 6. Ante o exposto, defiro parcialmente o pedido para suspender a execução da antecipação de tutela, tão somente para limitar a responsabilidade da Secretaria Executiva de Saúde do Estado de Alagoas ao fornecimento dos medicamentos contemplados na Portaria n.º 1.318 do Ministério da Saúde. Comunique-se, com urgência. Publique-se. Brasília, 26 de fevereiro de 2007. Ministra Ellen Gracie Presidente 1 (STA 91, Relator(a): Min. PRESIDENTE, Decisão Proferida pelo(a) Ministro(a) ELLEN GRACIE, julgado em 26/02/2007, publicado em DJ 05/03/2007 PP-00023 RDDP n. 50, 2007, p. 165-167) (Grifo nosso)

restante da coletividade”.

Note-se, assim, que a decisão da ministra não pode ser interpretada em termos procedimentalistas, pois, apesar de creditar ao Executivo a execução das políticas de saúde devido ao seu maior alcance de destinatários – ao revés do julgado anterior – o faz por atender a uma análise material do princípio orçamentário e não por entender que tais políticas devem ser discutidas pela população, com o estabelecimento dos procedimentos que assegurem essa discussão.

Cumpra afirmar, assim, que a discussão sobre o direito à saúde no Judiciário de *terrae brasiliis* sempre se faz sob o aporte substancialista (CIARLINI, 2013), soçobrando apenas sob qual linha argumentativa se dará a análise do conteúdo do direito à saúde: pela prevalência da adoção de um conteúdo mínimo de prestação de saúde (tese do mínimo existencial), ou pelo entendimento de que as demandas de saúde não podem inviabilizar o próprio exercício da saúde (tese da reserva do financeiramente possível). Insta verificar mais detidamente cada uma dessas teses.

3.1 MÍNIMO EXISTENCIAL

A doutrina do mínimo existencial provém da jurisprudência alemã, a partir de 1975. Naquele país os direitos sociais não se encontravam positivados como direitos fundamentais do Estado, abrindo margem de debate para um mínimo vital (PIVETTA, 2014). Neste cenário, tal parcela era considerada um direito autônomo que “reconhece o dever estatal de respeitar um *mínimo vital* ao qual acedeu o indivíduo” (PIVETTA, 2014, p. 79).

Como bem lembra Cambi (2009, p. 391): “O ordenamento jurídico nacional, embora também possua parâmetros objetivos, não define, de modo exato o que deve compor o mínimo existencial, resultando o preenchimento de tal conceito da hermenêutica jurídica”.

Contudo, o Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais estabelece parâmetros que permitem balizá-lo. Nesse sentido, estabelece o artigo 11: “Os Estados membros do presente Pacto reconhecem o direito de toda pessoa a um nível de vida adequado para si próprio e para sua família, inclusive alimentação, vestimenta e moradia adequados, assim como a uma melhoria contínua de suas condições de vida”. Assim, *lato sensu*, tal direito tem sido conceituado como um conjunto mínimo de garantias atinentes a cada indivíduo, que

correspondem a prestações que efetivamente o Estado deve prestar.

Contudo, o que representa esse mínimo, e as prestações que nele estariam contidas, é o principal mote das discussões doutrinárias e jurisprudenciais (PIVETTA, 2014). Duas são as principais correntes: a da existência de um núcleo duro do direito fundamental e a de um núcleo flexível.

Para os adeptos da teoria do núcleo duro, ou simplesmente da teoria absoluta, o mínimo existencial seria o núcleo que “independentemente de qualquer situação concreta, estaria a salvo de eventual decisão legislativa” (MENDES; BRANCO, 2014, p. 212). Não necessitaria, pois, de intervenção do constituinte derivado para poder ser exigido judicialmente, revelando-se em verdadeiro direito subjetivo.

Já para os adeptos da teoria relativa, ou do núcleo flexível, o mínimo existencial há que ser definido “para cada caso, tendo em vista o objetivo perseguido pela norma de caráter restritivo” (MENDES; BRANCO, 2014, p. 213). Segundo Pivetta (2014, p. 80) esse grupo credita que “o conteúdo específico do mínimo existencial não poderia ser definido de maneira apriorística, reclamando, para tanto, a investigação fática e das necessidades da pessoa que exige a tutela”.

Há que se arguir, nesse contexto, que a definição de um núcleo mínimo para a saúde, padece de especial dificuldade, por se tratar de princípio umbilicalmente ligado a dignidade da pessoa humana e estar vinculado à vida. Como aduz Sarlet (2007, p. 346):

Cumpra-se, mais uma vez, que a denegação de serviços essenciais de saúde acaba – como sói acontecer – por equiparar a uma pena de morte alguém cujo o único crime foi o de não ter condições de obter com os próprios recursos o atendimento necessário, tudo isso habitualmente, sem qualquer processo, e, na maioria das vezes, sem possibilidade de defesa, isto sem falar na virtual ausência de responsabilização dos alcoses, abrigados pelos anonimato dos poderes públicos.

Tal generalização, no sentido de oposição do direito à saúde ao direito à vida, contudo, não torna claro que posições podem ser exigidas por parte do Estado através de um direito público subjetivo à saúde. Como bem se posiciona Barcellos (2008, p. 308):

Veja-se: se o critério para definir o que é exigível do Estado em matéria de prestações de saúde for a necessidade de evitar a morte ou a dor ou o sofrimento físico, simplesmente não será possível definir coisa alguma.

Praticamente toda e qualquer prestação de saúde poderá enquadrar-se nesse critério, pois é exatamente para tentar evitar a morte, a dor ou o sofrimento que elas foram desenvolvidas.

Por isso, entende a autora a necessidade de determinação de um núcleo duro do direito à saúde, ao qual estaria albergada a saúde básica. Nesse sentido, qualquer prestação que ultrapassasse essa garantia mínima não poderia ser exigida judicialmente, estando relegada ao plano das políticas públicas e do legislador.

A principal motivação para tanto, estaria na falta de legitimidade do judiciário para esse *mister*. “O juiz não possui mandato popular e, ao efetivar direitos fundamentais, ou até ao controlar políticas públicas, deve se preocupar, como se tem reiterado, com a legitimidade social do exercício da jurisdição” (BARCELLOS, 2008, p. 342).

Sua posição, contudo, é minoritária. A maior parte da doutrina pátria ressalta a importância de uma análise flexível do conteúdo mínimo desse direito fundamental, que deverá ser definido na situação em concreto, através de um exercício de ponderação (nota essa que deixa clara a adoção quase irrestrita da Jurisprudência dos Valores de Robert Alexy) (DUARTE, 2012).

Não por acaso, Pivetta (2014, p. 83) vai afirmar que a definição abstrata de um direito fundamental “apenas pode ser realizada *prima facie*, de modo que sua prevalência no caso concreto estará sujeito ao sopesamento diante das circunstâncias fáticas e jurídicas”, fazendo referência direta à teoria do alemão.

3.2 RESERVA DO POSSÍVEL E CUSTOS DOS DIREITOS

Em contraposição ao estabelecimento de um mínimo vital, ergue-se a reserva do possível. Isso porque, como bem lembra Cambi (2009, p. 381) não é suficiente: “[...] ter apenas vontade de efetivar a Constituição e de transformar a realidade. Tão importante quanto às boas intenções é a possibilidade do direito vir a ser concretizado em razão dos altos custos que gera ao Poder Público e a toda sociedade”.

E a constatação mais objetiva é a de que os direitos sociais têm custos ao poder público, o que torna mais difícil a sua execução. Nessa linha, não se poderia exigir do Estado para além da razoabilidade de seus recursos financeiros, sob pena de solapar outros direitos e garantias. Na afirmação de Sarlet (2007, p. 372): “Negar

que apenas se pode buscar algo onde este algo existe e desconsiderar que o Direito não tem o condão de - qual toque de Midas – gerar recursos materiais para sua realização fática, significa, de certa forma, fechar os olhos para os limites do real”.

Assim, a reserva do possível: “procura identificar o fenômeno econômico da limitação dos recursos disponíveis diante das necessidades sempre infinitas a serem supridas na implementação dos direitos” (CAMBI, 2009, p. 382). Cuida-se, portanto, de verdadeira limitação do Estado em prestar direitos fundamentais que inviabilizaria a consecução de determinado direito como subjetivo na esfera jurisdicional.

Esse *mister* levanta três importantes discussões quanto à matéria: a primeira sob os custos dos direitos, a segunda sobre as escolhas trágicas que precisam ser realizadas pelo Legislativo e o Executivo, e em último, o fato de que tal matéria não poderia ser alegada frente ao mínimo existencial, haja vista a necessidade de preservação de um núcleo mínimo do direito.

No que tange a inarredável consideração de que os direitos sociais têm custos, reverberou à seara acadêmica os escritos de Cass Sustein e Holmes, segundo os quais todo direito possui um custo, seja ele um direito de liberdade ou um direito social (MENDES; BRANCO, 2014). Tal afirmação levaria a conclusão segundo a qual “todos os direitos são positivos, pois, para sua realização, é imprescindível, além da alocação de recursos, a efetiva concretização de ações estatais aptas à observância de sua eficácia” (CIARLINI, 2013, p. 32).

Nesse sentido, o argumento *ad misericordiam* segundo o qual os direitos sociais seriam desprovidos de eficácia devido a sua natureza prestacional – que impõe a necessidade de gastos pelo Poder Público – se esvazia em significado frente à observância que mesmo um direito tipicamente negativo, como a liberdade de expressão, por exemplo, precisa não apenas da não ingerência estatal, mas, também, de sua ação direta na remediação de qualquer ameaça que se faça a esse direito por meio de ações positivas (como o pedido de escolta ou reforço policial para garantir uma manifestação pacífica, por exemplo).

Assim, como bem o fomenta Pivetta (2014, p. 77): “É o dever que corresponde ao direito que pode ou não ser custoso”. O que significa expressar que, *per se*, tais direitos não podem ser considerados *prima facie* como custosos, estando o valor ligado ao imperativo categórico da norma (FERRAZ JR., 2011), ou seja, ao comando que ela manda executar.

É possível, nesse sentido, trazendo a baila o debate do próprio direito social à

saúde, que sejam encontrados deveres que não culminam em custos para a administração – tal como o dever do Estado em respeitar a escolha do indivíduo ao tratamento de saúde que deverá realizar (PIVETTA, 2013) – e outros, e que por sua própria natureza os exijam, tais como as políticas de fiscalização sanitária, a realização de procedimentos médicos e a dispersão de medicamentos e orteses, próteses e materiais especiais.

A primazia de Holmes e Cass Sustein, contudo, reside centralmente na abertura do diálogo que considera a “[...] existência de uma tensão entre a ocorrência de um *déficit* na efetividade dos direitos fundamentais, tendo em conta a *lei da escassez*, e as expectativas nutridas pelos sujeitos de direito [...]” (CIARLINI, 2013, p. 34), segunda situação que merece análise.

Tal afirmação leva a análise de que, sob o ponto de vista da economia, os bens são escassos e as necessidades humanas ilimitadas, o que aponta diretamente para a necessidade da realização do que a doutrina pontua como *escolhas trágicas*: “Isso porque decidir investir os recursos em determinada área significa, ao mesmo tempo, deixar de atender outras necessidades, ainda que a opção um campo específico não tenha sido consciente” (BARCELLOS, 2008, p. 264).

Por essa visão, em vista de seu orçamento, a Administração e mesmo o Legislativo, culminam por estabelecer metas e prioridades, que terminam por acatar determinadas prestações em detrimento de outras, considerando-se, sobretudo, que é impossível atender a todos os anseios sociais.

Como afirmou o ministro Gilmar Mendes à Suspensão de Tutela Antecipada 175 (STA 175) tais escolhas trágicas “seguiriam critérios de justiça distributiva (o quanto disponibilizar e a quem atender), configurando-se como típicas opções políticas [...] pautadas em critérios de macrojustiça”. Por esse motivo o debate jurisdicional, denominado pelo ministro como de microjustiça, padeceria de falta de critérios para “[...] ao examinar determinada pretensão de um direito social, analisar as consequências globais da destinação dos recursos públicos em benefício da parte, com invariável prejuízo para o todo”.

Tal afirmação converge com a judicialização e ativismos da saúde. Isso porque com o aumento da demanda judicial – como aqui restou apontado no tópico 2.4 – o valor das sentenças deferindo prestações de saúde chega, em alguns Estados, a exceder o teto máximo a ser aplicado na matéria, demonstrando que a

microjustiça, nesta seara, pode solapar a macrojustiça. Por esse motivo Ciarlini (2013, p. 67) afirma:

Sim, não se questiona que “todos têm direito à saúde e à vida”, mas seria essa exatamente a questão ora em análise? Não estaria o problema, de fato, na possibilidade de afirmação desses direitos sociais sem que isso importe no desequilíbrio da frágil estrutura de uma sociedade democrática?

A terceira e última consideração quanto à reserva do possível, diz respeito a sua arguição frente ao mínimo vital. Nessa seara a doutrina majoritária credits que não há que se falar em prevalência da reserva do financeiramente possível frente ao núcleo mínimo de determinado direito (MENDES; BRANCO, 2014; SARLET, 2007; DUARTE; 2012; STRECK, 2014). Haveria, nesse sentido, uma preponderância do direito ao mínimo existencial, ainda que destituído de espaço normativo e dotação orçamentária.

Como bem assentou o Ministro Celso de Mello no Recurso Extraordinário que abriu este capítulo: “A interpretação da norma programática não pode transformá-la em promessa constitucional inconsequente”, pelo que há que se assegurar, assim, sempre o mínimo existencial, ainda que frente aos poucos recursos estatais.

Na locução de Pivetta (2014, p. 78): “ainda que seja demandada uma prestação ‘custosa’, o seu deferimento (judicial ou administrativo) não deve levar em conta apenas a repercussão financeira de sua concretização”. É dizer: o custo de um direito, *per se*, não pode ser adotado como motivo para que sua realização não seja propiciada pelo Estado.

Cambi (2009, p. 488), vai além: na leitura do autor, em países de modernidade tardia, como *terrae brasilis*, a reserva do possível “Deve servir de mecanismo de mitigação do ativismo judicial irresponsável, sem se transformar em obstáculo jurídico a realização dos direitos fundamentais sociais”, criando assim uma função limitadora de arbitrariedades através da reserva.

Do exposto, três conclusões podem ser arguidas: i) a reserva do possível não pode ser alegada como característica própria dos direitos sociais, vez que ambos, direitos sociais e individuais, possuem custos que precisam ser despendidos pela Administração, estando o custo vinculado ao dever que se extrai da norma e não ao direito; ii) é dado a Administração a alocação de recursos na realização dos direitos fundamentais através de políticas próprias de macrojustiça, o que muitas vezes pode

resultar no estabelecimento de escolhas trágicas, sendo que o judiciário, ao intervir na realização de políticas não definidas pela Administração ou pela lei, culmina em estabelecer critérios próprios e muitas vezes não universalizáveis; iii) a reserva do possível não pode ser utilizada como um limitador à realização do mínimo vital de um direito.

3.3 FUZZYSMO x STA 175

Da discussão que aqui se desenvolve quanto à tratativa do direito à saúde na jurisdição constitucional pátria, buscou-se demonstrar os principais argumentos que sustentam as teses de realização ou não de dada prestação. Observou-se, nesse sentido, que, *lato sensu*, o judiciário brasileiro devota postura substancialista a tratativa da matéria, procurando imiscuir-se nas questões relativas ao conteúdo do direito à saúde.

Num segundo momento, verificou-se que os argumentos que remontam o atendimento a determinada prestação se abarcam, em grande parte, na seara relativa ao estabelecimento de um mínimo existencial e do respeito a uma reserva do financeiramente possível.

Contudo, como também ficou expresso, não há critério objetivo ao estabelecimento do que seria relativo a um conteúdo mínimo, ficando a questão ao debate judicial e doutrinário. Nesse sentido, a fim de justificar uma dada prestação à saúde, amontoa-se uma verdadeira pletora de argumentos pouco, ou nada jurídicos, dando ensejo ao que Canotilho conceituou como efeito *fuzzy* (em português: vago, impreciso, indistinto) (CAMBI, 2009).

Nas palavras de Cambi (2009, p. 348): “[...] os operadores jurídicos, quando, debatem os direitos econômicos, sociais e culturais, muitas vezes, não sabem do estão falando”. O *fuzzysmo*, como é retratado pela doutrina, leva, pois, a demonstração de que, no campo dos direitos sociais, muito pouco se sabe sobre esses direitos fora daquilo que se encontra expresso no texto constitucional.

No que tange ao direito à saúde, a situação toma contornos ainda mais graves, pois como bem lembra Pivetta (2014, p. 86): “o direito à saúde encontra-se amplamente determinado no ordenamento jurídico brasileiro, de modo que as restrições eventualmente oponíveis [...] possuem um reduzido campo de incidência”. É dizer: ainda que classificada como de característica programática, a norma de

direito à saúde não está carente de regulamentação, tendo seus contornos definidos em incontáveis leis e portarias, deixando uma margem quase irrisória para debate jurisdicional.

Outrossim, apesar dessa extensa margem de regulamentação, que conforme aludido no item 2.3 inclui a descrição terapêutica completa do diagnóstico ao tratamento de diversas patologias através dos Protocolos de Diretrizes Clínicas e Terapêuticas – PCDT, as decisões dos tribunais superiores e dos juízos singulares continuam afixadas no artigo 196 da Constituição Federal e no direito à vida e a dignidade da pessoa humana (CIARLINI, 2013). Ou, quando não, elencam critérios que fogem absolutamente ao direito.

Exemplo desse último caso foi o pedido de concessão de medicamentos para HIV, realizado na 7ª Vara da Fazenda Pública da Comarca de São Paulo (Autos nº 968/01), em que o juízo *a quo* negou antecipação de tutela em 28 de julho de 2001, com o seguinte fundamento:

A Lei 9.313/96 assegura aos portadores de HIV e doentes de AIDS toda a medicação necessária a seu tratamento. Mas estabelece que os gestores do SUS deverão adquirir apenas os medicamentos que o Ministério da Saúde indicar para cada estado evolutivo da infecção ou da doença. Não há possibilidade de fornecimento de medicamentos que não tenham sido indicados pela autoridade federal. Por outro lado, não há fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação. **Todos somos mortais. Mais dia, menos dia, não sabemos quando, estaremos partindo, alguns, por seu mérito, para ver a face de Deus. Isto não pode ser tido por dano** (Grifo nosso).

Há, pois, um agravamento desse *fuzzysmo* nas primeiras instâncias, chegando ao aporte da concessão de medicamentos para calvice e caspa⁸, tudo atrelado à um suposto mínimo existencial para assegurar a dignidade da pessoa humana (STRECK, 2014).

No plano dos Tribunais superiores – STF e STJ – os ministros se limitam a literalidade do artigo 196, dando verdadeiro *status* de absolutismo ao direito à saúde no Brasil⁹.

⁸ MEDICAMENTO - PSORÍASE ANTECIPAÇÃO DA TUTELA - CABIMENTO - AGRAVO PROVIDO. **"Cabe a antecipação da tutela para que o poder público forneça medicamento para o tratamento de psoríase, pois cuidar da saúde é dever dos três entes estatais**, nos termos dos arts. 23, II, e 196, da Constituição Federal". (TJ-SP - AG: 7935035300 SP, Relator: Thales do Amaral, Data de Julgamento: 28/08/2008, 4ª Câmara de Direito Público, Data de Publicação: 11/09/2008)

⁹ Para NEVES (2013), exemplo do exposto é a STA 198/ MG, em que o ministro Gilmar Mendes, não considerou pedido de suspensão de tutela antecipada por entender que, embora o medicamento

Tais decisões colocam em xeque a problemática da saúde, pois, deslocam a análise jurisdicional do campo da legalidade para a inconstitucionalidade de uma omissão Administrativa ou Legislativa. Ou seja, ao se ignorar a pletora de legislações e normatizações que circundam o sistema de saúde e que poderiam ser facilmente deferidas num juízo de legalidade, abre-se margem para a necessidade de discussão quanto à existência de omissão inconstitucional por parte do Poder Executivo ou do Poder Legislativo (PIVETTA, 2014).

Tendo em consideração o crescente aumento da judicialização da saúde, o Ministro Gilmar Mendes, ao julgar a Suspensão de Tutela Antecipada 175 – doravante STA 175 – realizou inúmeras audiências públicas com médicos, profissionais de saúde, gestores públicos, advocacia, defensoria, ministério público e magistratura. O objetivo era, frente à complexidade das demandas de saúde, estabelecer critérios que balizassem uma análise justa para a concessão das tutelas de saúde.

Na oportunidade, a União recorria de decisão proferida pelo ministro Gilmar Mendes que denegava a suspensão da tutela antecipada por entender não haver, no caso em epígrafe, grave lesão à ordem, à economia e à saúde públicas na dispersão do medicamento Zavesca, que à época da interposição da ação não constava do rol de medicações autorizadas para comercialização no Brasil pela Agência Nacional de Vigilância Sanitária – ANVISA.

A conclusão inicial do ministro, depois de conduzidas as audiências públicas, foi que:

[...] o problema talvez não seja de judicialização ou, em termos mais simples, de interferência do Poder Judiciário na criação e implementação de políticas públicas em matéria de saúde, pois o que ocorre, na quase

relacionado não estivesse dentro das medicações autorizadas pela ANVISA, o risco à vida do paciente justificaria uma concessão do direito. Alegava o Estado de Minas Gerais “O pedido de suspensão fundamenta-se, em síntese, em argumentos: de lesão à saúde e à segurança públicas, **uma vez que o medicamento é importado e não foi registrado na ANVISA, sendo proibida sua comercialização no país; de grave lesão à economia pública diante do elevado custo anual do tratamento (aproximadamente R\$ 2.600.000,00), da violação ao princípio da reserva do possível, da ingerência do Poder Judiciário no exercício das funções do Poder Executivo e da afronta ao planejamento orçamentário; e de possibilidade de ocorrência do denominado 'efeito multiplicador', em razão do crescimento de demandas judiciais contra a União para o fornecimento de medicamentos, comprometendo a viabilidade do Sistema Único de Saúde**”. Atesta o ministro: “Inocorrentes os pressupostos contidos no art. 4º da Lei no 8.437/1992, verifico que **a ausência do medicamento solicitado poderá ocasionar graves e irreparáveis danos à saúde e à vida da paciente**”. Contudo, insta salientar que até o fim do julgamento o medicamento passou a integrar o rol das medicações autorizadas pela ANVISA, ainda que não tenha passado a integrar a lista SUS.

totalidade dos casos, é apenas a determinação judicial do efetivo cumprimento de políticas públicas já existentes.

Constatou, pois, que a maior parte das matérias já se encontra disciplinada por regulamento infraconstitucional, carecendo apenas de efetivação. Assim, o primeiro passo a ser tomado pelo magistrado seria a verificação “da existência ou não, de política estatal que abranja a prestação de saúde pleiteada pela parte”. Nessa situação, o judiciário estaria apenas determinando o cumprimento de determinada política pública, havendo, pois, verdadeiro direito público subjetivo a sua concessão.

Contudo, quando inexistente política pública disponibilizada pelo SUS, o ministro concluiu que haveria a necessidade de verificação se a mesma “[...] decorre de: (1) uma omissão legislativa ou administrativa, (2) de uma decisão administrativa em não fornecê-la ou (3) de uma vedação legal a sua dispensação”, fazendo alusão de que a Agência Nacional de Vigilância Sanitária – ANVISA é a responsável por verificar a segurança dos fármacos que são autorizados para uso e comercialização no Brasil.

Verificadas essas premissas, o julgador deveria se balizar em descobrir o motivo que leva a não oferta da prestação através do Sistema Único de Saúde. Aqui, duas respostas se demonstrariam possíveis: “1º) o SUS fornece tratamento alternativo, mas não adequado a determinado paciente, 2º) o SUS não tem nenhum tratamento específico para determinada patologia”.

No primeiro caso, fazendo uma digressão a cerca dos PCDT's, Mendes conclui que sempre deve ser privilegiado o tratamento que já é adotado pelo SUS, somente se cogitando de tratamento alternativo não disponibilizado na rede quando o mesmo não se demonstrar eficaz para a cura da doença. Ainda assim, tal tratamento/medicamento, não deve ser experimental, somente se admitindo tratamentos que sejam reconhecidamente seguros a cura da doença:

Os tratamentos experimentais (sem comprovação científica de sua eficácia) são realizados por laboratórios ou centros médicos de ponta, consubstanciando-se em pesquisas clínicas. A participação nesses tratamentos **rege-se pelas normas que regulam a pesquisa médica e, portanto, o Estado não pode ser condenado a fornecê-los** (Grifo nosso).

Contudo, como relatado, em havendo tratamento reconhecidamente seguro, mas ainda não incorporado pelo SUS:

Parece certo que a inexistência de Protocolo Clínico no SUS **não pode significar violação ao princípio da integralidade do sistema, nem justificar a diferença entre as opções acessíveis aos usuários da rede pública e as disponíveis aos usuários da rede privada.** Nesses casos, a omissão administrativa no tratamento de determinada patologia poderá ser objeto de impugnação judicial, tanto por ações individuais como coletivas (Grifo nosso).

Note-se, em síntese, que o ministro deu contorno a problemática da judicialização da saúde, delimitando os casos em que o Judiciário pode se imiscuir em políticas de saúde. Contudo, como aponta Ciarlini (2013, p. 53): “[...] o novo posicionamento do STF não abriu espaço para a reflexão acerca das consequências resultantes da crescente judicialização das políticas públicas de saúde por meio de tutelas individuais cominatórias”.

É dizer: ao olhar para a realização da microjustiça, o judiciário deixa de antever as consequências na prestação do direito como um todo, ignorando critérios de macrojustiça. Outrossim, como afirma Pivetta (2014), o voto deixou de considerar duas realidades que crescem na problemática da matéria: o uso de medicamentos de alto custo e a possibilidade “de o particular complementar com recursos próprios, o tratamento financiado pelo SUS, para ter acesso a níveis superiores de conforto” (PIVETTA, 2014, p. 241), revelando, assim, outros pontos que, de plano, precisam do mesmo tipo de debate e discussão.

Conclui-se, ainda assim, que o julgado paradigma ajudou a estruturar balizas para concessão de tutelas de saúde no Brasil, ajudando a rebater o *fuzzysmo* da jurisprudência pátria. Contudo, termina por deixar aberta a possibilidade de acionamento do judiciário em diversos momentos, desconsiderando os efeitos da cominação de tantas tutelas individuais ao orçamento dos cofres públicos, o que pode representar a perda, em qualidade, da prestação do direito fornecida a coletividade.

Vistos os pressupostos onde se assentam os debates acerca de um direito à saúde no Brasil, e do que fazem dele os tribunais, cumpre verificar, pois, qual paradigma – o procedimentalista ou o substancialista – é o mais adequado a efetivação do direito à saúde no Estado Democrático de Direito brasileiro.

4 A SAÚDE ENTRE O PROCEDIMENTALISMO E O SUBSTANCIALISMO – EM BUSCA DE UMA SÍNTESE NECESSÁRIA

Cuidou-se, ao longo dessa exposição, de, primeiramente, demonstrar sobre que balizas se edificou a Constituição e a ideia de uma jurisdição constitucional, buscando, nessa seara, demonstrar os principais paradigmas que se contrapõem ao exercício da jurisdição.

Em sequência, tratou-se de construir o histórico da saúde pública no Brasil, e nesse sentido, demonstrar sobre quais arestas esse direito chegou assentado a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.

Por fim, buscou-se compreender como o direito à saúde vem sendo aplicado pela jurisdição constitucional pátria, cuidando assim de demonstrar as principais críticas que se fazem ao *modus operandi* da concessão de tutelas de saúde pelo judiciário brasileiro.

A discussão que agora se propõe, trata de, através dos paradigmas expostos – procedimentalismo e substancialismo – (capítulo 1), no que tange a saúde (capítulo 2) e a forma como ela vem sendo tratada pelo judiciário (capítulo 3), demonstrar qual paradigma molda-se a expectativa de concretização fática ao direito à saúde no Brasil. Para tanto, cumpre verificar a perspectiva desses paradigmas para a consecução desse direito.

4.1 SAÚDE PROCEDIMENTAL EM PAÍSES DE MODERNIDADE TARDIA?

O procedimentalismo, cunhado aqui sob a perspectiva de Jürgen Habermas – vide item 1.3.1 –, se apresenta como o paradigma da realização da norma por si mesma. Trata-se de uma visualização da Constituição que a preceitua como forma e não como conteúdo (STRECK, 2012), pois credita toda validade do ordenamento jurídico a criação livre e fluida do discurso democrático, alicerçada nos procedimentos salvaguardados pela Carta Maior.

Insta observar que a CRFB/88, inclusive, buscou ampliar seu teor procedimental no que tange a saúde pública. Nesse sentido, estabeleceu a necessidade de participação da comunidade como uma diretriz da organização do Sistema Único de Saúde – SUS (art. 198, inciso III da CRFB/8).

Assim, através de audiências públicas e da organização de conselhos

municipais, caberia à população discutir e apontar que aspectos da saúde pública reputam pertinentes para a consecução do orçamento local (PIVETTA, 2014): cuida, portanto, de estruturar uma regra do jogo compatível com a jurisdição procedimental.

Tal alusão, contudo, não pode ser posta como razão para afirmar uma dedução do procedimentalismo como paradigma jurisdicional para a saúde. Verifica-se, assim, as seguintes causas que dificultam sua proposição como meio mais apto para a concretização do direito à saúde: i) a necessidade de igualdade material para o exercício democrático, ii) o modelo de democracia delegativa centralizada no Executivo e iii) o caráter fragmentário do jogo democrático realizado no Brasil e a consequente possibilidade de uma “ditadura da maioria”.

Inicialmente, há que se afirmar, que o modelo de procedimentalismo baseado no discurso democrático a que se filia Habermas não pode coexistir sem condições mínimas que assegurem uma igualdade de condições para a formação desse discurso. Isso porque a autonomia propalada pelo autor somente é possível com o estabelecimento de condições que permitam a autodeterminação dos sujeitos, ou seja, do estabelecimento de garantias quanto à satisfação de bens jurídicos essenciais como a saúde, a educação e a alimentação, por exemplo.

Como expõe Cambi (2009, p. 285):

Não pode haver democracia se grande parte do eleitorado é analfabeto ou semi letrado, não tendo instrução necessária para compreender as principais questões colocadas no debate político, ou estão doentes e sem adequado atendimento médico hospitalar, ou se estão passando fome ou, ainda, se estão desempregadas ou trabalhando em condições opressivas. Não basta assegurar direitos sem que os titulares possuam condições mínimas de, efetivamente desfrutá-los. Quem é analfabeto, tem dor e fome, não é livre: não há liberdade onde existem miséria e exclusão social em níveis eticamente inaceitáveis.

Assim, a falta de igualdade material se coloca como um obstáculo direto a realização de um modelo procedimental em países como o Brasil, onde a diferença de Estados que passaram pela etapa do *welfare state*, “[...] não houve o Estado Social” (STRECK, 2011). Para Streck (2011, p. 28): “Existe, ainda, um imenso *déficit* social em nosso país, e por isso, temos que defender as instituições da modernidade”.

Nesse sentido, para autores como Streck (2014), Cambi (2009) e Mendes & Branco (2014), há que se defender um modelo de jurisdição adequado a países de modernidade tardia, ou seja, países que tentam, junto à desregulamentação do

mercado e ao fenômeno da globalização, ampliar a atuação do Estado para que este seja forte e interventor na consecução de políticas públicas.

Assim, Cambi (2009, p. 500) vai afirmar que: “O projeto da modernidade ainda não se consumou e depende da crença no constitucionalismo e do que dele melhor se possa extrair como técnicas processuais da efetivação dos direitos fundamentais (neoprocessualismo)”.

Para além disso, conforme aduz Ciarlini (2013, p. 83) deve partir-se da perspectiva da “[...] inevitabilidade da existência de conteúdos substanciais, que se manifestam, inclusive, na própria pressuposição de que a Constituição deve salvaguardar tais posturas procedimentais”. É dizer: se não se pode assegurar a substancialidade de alguns direitos, como se justificar a própria fundamentalidade do procedimento como condição de formação do discurso democrático? Daí o autor afirmar que o próprio procedimentalismo precisa de um alicerce substancial, do qual não pode ser desvinculado.

A segunda crítica que se deduz do modelo procedimental diz respeito ao “modelo hobbesiano” do Estado Democrático brasileiro e é endossada por Lênio Luis Streck (2014). Como lembra o autor, o modelo hobbesiano cuida da democracia delegativa – a atribuição de Poder a pessoas legitimamente eleitas para o exercício do poder Estatal – e do excesso de poder que foi concedido ao Executivo na atribuição das competências do Estado (STRECK, 2014). Trata-se de modelo hobbesiano justamente porque centralizador de competências num único Poder – no caso brasileiro à União – diminuindo ou adentrando na competência dos demais.

Nesse sentido, como falar em um modelo procedimental no Brasil, se é dado ao Executivo se imiscuir diretamente na seara legislativa através do estabelecimento de medidas provisórias (art. 62, *caput*, CFRB/88)? Como lembra Streck (2014, p. 191), nesses casos perde-se “[...] a garantia do acesso à produção democrática das leis e procedimentos que apontam para o exercício dos direitos previstos na Constituição”. A legitimidade do discurso estaria ameaçada.

Ainda: “[...] Habermas parece menosprezar a vagueza e a ambiguidade dos textos ínsitas aos textos jurídicos (inclusive os que tratam de procedimentos)” (STRECK, 2014, p. 174). É questionar: a que nível se daria uma exegese do texto procedimental se ele pretende um judiciário que apenas corrija os desvios do processo estabelecido na Constituição? Que se há de fazer quando esses enunciados forem ambíguos, vagos e poucos claros, já que não é dado ao Judiciário

se imiscuir no conteúdo desses direitos?

Por fim, a terceira crítica que se deduz do modelo procedimental cuida do caráter fragmentário do discurso democrático que se realiza no Brasil através da democracia delegativa. Nesse ponto, Cambi (2009, p. 183) firma que:

A lei resulta de grupos de pressões (representantes de empresários ruralistas, religiosos, sindicalistas, servidores públicos etc.) e de mecanismos de votação ilegítimos (v.g. voto das lideranças). A lei não traduz a vontade geral, sendo contraditória, ocasional, fragmentária, numerosa e cambiante. Não é expressão pacífica de uma sociedade política internamente coerente, tampouco um ato impessoal, geral e abstrato, que traduza interesses objetivos, coerentes, racionalmente justificáveis e generalizáveis, mas um ato personalizado – proveniente de grupos identificáveis – que persegue interesses particulares.

Assim, no que tange ao processo legislativo formalmente constitucional, o que se observa é um distanciamento dos interesses populares dos âmbitos de discussão, o que se revela, inclusive, numa crescente banalização da política entre os cidadãos (DUARTE, 2012).

E se a lei se torna fragmentária, ocasional e cambiante, há uma quebra do discurso democrático (CIARLINI, 2013), pois os indivíduos deixam de se ver como fundadores do direito que devem exercer. Daí autores como John Rawls concluírem que o procedimentalismo permitiria se limitar por um sistema meramente legitimado, mas não necessariamente justo – ainda que para esse autor, também filiado ao paradigma procedimentalista, certo grau de injustiça seria justificável em prol de uma legitimidade do discurso (DUARTE, 2012).

Para além disso, se da Constituição não podem ser retiradas normas substanciais que permitam a proteção de direitos subjetivamente tutelados para se garantir um procedimento justo, há que se ter consignado que não haveria caráter contramajoritário do texto constitucional, tornando possível que maiorias eventuais viessem a remover direitos e garantias conquistados historicamente (STRECK, 2014).

A par das críticas que aqui se aduzem ao modelo procedural, cresce no Brasil a tentativa de ampliar esse modelo, criando sistemas procedimentais moderados. Ciarlini (2013), por exemplo, defende um procedimentalismo moderado para a saúde no Brasil¹⁰. Em sua concepção, a par da postura substancialista de origem alexyana

¹⁰ “Nesse viés, uma teoria constitucional para países periféricos não poderá se filiar integralmente a uma postura substancialista que, por estar embasada no critério de igualdade, se afirmará não sem

adotada por *terrae brasilis*, seria possível estabelecer um modelo de saúde adequado a países de modernidade tardia, fundado na Ação Civil Pública como condição de possibilidade para geração de uma saúde moderadamente procedimental. Segundo o autor:

percebe-se que a Constituição Federal adotou, como atributo da legitimação das decisões que orientam a gestão do Sistema Único de Saúde, o acesso à deliberação pública plural, justamente em virtude da necessidade de buscar substratos da vontade de seus partícipes sobre a definição dos paradigmas delineadores das precedências a serem atendidas, em face dos recursos e meios disponíveis para tanto (CIARLINI, 2013, p. 235).

E conclui:

Mostra-se imprescindível, portanto, atentar-se para o fato de que para o fim de determinação de balizas ao exercício de certos direitos subjetivos constitucionais *in concreto*, o ajuizamento de uma ação civil pública corresponde, em verdade ao início de um processo de elaboração da norma jurídica genérica, aplicável *erga omnes*, inclusive com a extensão dos efeitos do julgado aos casos futuros e análogos ocasião em que caberá ao judiciário a última palavra sobre a densificação de seus elementos normativos (CIARLINI, 2013, p. 239)

Trata, pois, principalmente de tentar amenizar o crescente ativismo judicial que se instalou no Brasil, sendo assertivo em que: “A sentença a ser prolatada como resultado de uma ação civil pública não deve, portanto, deixar de pressupor a deliberação social plural” (CIARLINI, 2013, p.238). Busca assim, uma redução da discricionariedade dos magistrados através do estabelecimento de uma democracia participativa no procedimento.

Tal modelo representaria “[...] uma alternativa para a atividade judicial que, ao tratar de saúde, não deve perder de vista o pluralismo – que, aliás, é o princípio fundamental do próprio SUS – e, portanto, a gestão democrática dos temas relativos à saúde, ao conciliar o pluralismo com a democracia¹¹” (CIARLINI, 2013, p. 246).

A fim de amenizar o critério único de concessão de tutelas mediante Ação Civil Pública, Ciarlini (2013), advoga que casos omissos deverão ser cuidados pelo Judiciário, que deve sempre tentar equilibrar a autonomia (liberdade dos indivíduos)

risco às liberdades constitucionais. De modo diverso, não poderá ainda se fundamentar em critérios puramente procedimentais, sob pena de, em nome da liberdade, fazer ruir a crença na possível efetividade dos direitos” (CIARLINI, 2013, p. 68).

¹¹ O conflito entre pluralismo e democracia, pela perspectiva de Ciarlini(2013), cuida do conflito entre o bem estar social e a autonomia dos indivíduos – igualdade *versus* liberdade.

com o bem estar social (igualdade). Não cuida, porém, de explicitar sobre que bases isso seria realizado, e nem estabelece quais casos poderiam ser “omissos” padecendo de intervenção jurisdicional individual.

Em linhas gerais, do aqui disposto, cumpre acentuar que um modelo procedimentalista puro não tem como vigorar no Brasil sem causar uma grave mitigação ao direito à saúde. É dizer: a par do estabelecimento de uma regra meramente formal e pobre de conteúdo, cresce em possibilidade a chance de corrupção do discurso democrático, haja vista a impossibilidade da sua realização frente à falta de autonomia da maior parte dos atores sociais – carentes que estão de condições mínimas para o desenvolvimento de sua autodeterminação.

Há que se investigar, assim, se os modelos substanciais ampliam a chance de concretização fática do direito à saúde no Brasil.

4.2 A VISÃO SUBSTANCIALISTA ALICERÇADA EM ROBERT ALEXY – A SAÚDE COMO ELEMENTO DE PONDERAÇÃO

O substancialismo, como aqui foi trabalhado no item 1.3.2, cuida de estabelecer que os direitos consagrados na Constituição não podem se resumir a formação do discurso democrático, pois tal condição mitigaria sua possibilidade de realização em países em que as promessas da modernidade ainda não foram cumpridas.

Estabeleceu-se nessa oportunidade, que existem diferentes tipos de substancialismos, que podem conduzir a diferentes graus de realização dos direitos. Assim, se procurou consignar que a visão de Alexy, a par de visualizar a Constituição como uma ordem objetiva de valores, culmina por concluir que diferentes princípios – ou valores – podem se aplicar a uma mesma situação concreta, havendo a necessidade de um sopesamento que indique que princípio deve prevalecer na situação *sub judice*.

Pois bem. Tal modelo traz implícito grande potencialidade de realização de direitos, vez que permite ao judiciário fazer uma análise de seu conteúdo e extensão. Assim, toda a discussão protagonizada quando aqui se tratou de tutela de saúde (capítulo 3), é diretamente aplicável, vez que este é o paradigma que se afixou como dominante no Brasil. É do modelo alexyano que se abriu, assim, margens a discussão de um mínimo existencial relacionado à proteção da dignidade

humana e de sua relação com a reserva do possível – se pondo, ainda, margem para a discussão de uma proibição à proteção insuficiente, de uma proibição do excesso e de uma proibição do retrocesso.

Tal modelo, contudo, sofre importantes críticas pela doutrina. Se no procedimentalismo o risco era a perda de concretização do direito pelo estabelecimento de uma norma meramente formal, no substancialismo construído por Alexy o risco se encontra no excesso de poder relegado à magistratura.

As primeiras críticas que aqui podem ser arguidas vêm de Habermas que, ao concordar com o caráter deontológico dos princípios pugnado por Dworkin, descarta o modelo dos princípios como mandados otimizáveis. Para ele:

Os que pretendem diluir a Constituição numa ordem concreta de valores desconhecem seu caráter jurídico específico; enquanto normas do direito, os direitos fundamentais, como também as regras morais, são formados segundo o modelo de normas de ação obrigatórias – e não segundo modelo de bens atraentes (HABERMAS, 2012, p. 318).

Isso significa que para o filósofo procedimentalista, a ideia de um ordenamento de valores, traz para o direito um pragmaticismo irrecuperável: se valores dizem respeito ao que é bom, há que se ter em mente que o bom é, pois, variável não oferecendo nenhuma segurança jurídica na manutenção de critérios previsíveis e aplicáveis, podendo se afastar qualquer juízo com base numa argumentação pragmática. Na escuridão da definição de Coura (2009, p. 166): “Verifica-se então a possibilidade de qualquer razão assumir o caráter de argumento político – ‘de relevância jurídica’ – em cada caso de conflito na aplicação do direito”.

Para Duarte (2012, p. 151), ao perder o caráter binário (lícito/ilícito) da norma, para assumir um critério de preferência ou valor do que é bom/melhor numa dada situação: “[...] abertas estariam as portas para que os juízes, desembargadores e ministros se convertessem em verdadeiros legisladores anômalos, com o que soçobriria qualquer possibilidade de uma democracia radical”, vez que se estariam, literalmente, fazendo uma escolha política.

E complementa: “[...] o produto da soberania popular, exercida direta ou indiretamente pelos cidadãos, estaria subordinado às vontades de uma ‘aristocracia de toga’” (DUARTE, 2012, p. 151). E o pior: com a possibilidade de manejar o decisionismo sob o manto da legitimidade de seu livre convencimento motivado, fundado na ideia de uma ordem de valores atribuída a Constituição (STRECK,

2014).

O próprio Alexy (2009a, p. 163-164), ao tentar desconstituir os principais argumentos contra seu método, levanta a crítica que lhe é mais cara a cerca da ideia do sopesamento: “[...] é muitas vezes levantada a objeção de que ela não é um modelo aberto a um controle racional. Valores e princípios não disciplinam sua própria aplicação, e o sopesamento, ficaria sujeito ao arbítrio daquele que sopesa”.

Para defender essa crítica, o autor diferencia um sopesamento decisionista e um sopesamento fundamentado: “Em ambos os modelos o resultado do sopesamento é um enunciado de preferências condicionadas. No modelo decisionista a definição do enunciado de preferência é resultado de um processo psíquico não controlável racionalmente” (ALEXY, 2008a, p. 165). O modelo fundamentado, contudo, se basearia numa teoria da argumentação, que traria a lume respostas racionalmente fundamentadas, e por isso dotadas de maior legitimidade (ALEXY, 2008a).

Ocorre, todavia, que nem sempre uma teoria é aplicada em sua inteireza, sendo importante consignar que no Brasil, com a adoção de várias técnicas alienígenas de interpretação do direito – fenômeno que Streck (2011) denominou de *mixagens epistemológicas*, a teoria alexyana restou modificada para se adaptar aos tribunais pátrios:

Importante anotar que no Brasil, os tribunais, no uso descriterioso da teoria alexyana, transformaram a regra – sim, é uma regra – da ponderação em um princípio. Com efeito, se na formatação proposta por Alexy a ponderação conduz à formação de uma regra – que será aplicada ao caso por subsunção -, os tribunais brasileiros utilizam esse conceito como se fosse um enunciado performático, uma espécie de álbi teórico capaz de fundamentar os posicionamentos os mais diversos (STRECK, 2014, p. 287).

Daí o autor alertar que em nome do uso de um princípio da proporcionalidade (sic), abriu-se margem para uma discricionariedade – no sentido de decisionismo – sem precedentes no Judiciário brasileiro, cuja consequência é o aumento exponencial do ativismo judicial, principalmente em matéria de saúde (STRECK, 2014). Isso porque, no Brasil, em nome de uma suposta garantia à dignidade da pessoa humana toda prestação de saúde vem sendo preferida à reserva orçamentária do Estado, demonstrando a opção por um sopesamento decisionista:

Permito-se ser repetitivo: a ponderação – nos termos propalados por seu

criador, Robert Alexy – não é uma operação em que se colocam os dois princípios em uma balança e se aponta para aquele que “(só)pesa mais” (sic), algo do tipo “entre dois princípios que colidem, o intérprete escolhe um” (sic), Nesse sentido é preciso fazer justiça a Alexy: sua tese sobre a ponderação não envolve essa escolha direta (STRECK, 2014, p. 287).

O resultado desse julgamento de valor são as já propaladas estatísticas de gastos infindáveis em saúde que constavam das programações do Estado. O risco que se incorre é, em nome da realização de um suposto direito subjetivo, se fragilizar todo o Sistema Único de saúde, resultado da necessidade de suprir um gasto cada vez maior em decisões concessivas de medicamentos, procedimentos e tratamentos médicos (CIARLINI, 2013).

Por isso Barcellos (2008) – que se filia a essa corrente substancialista de origem alexyana, vai estabelecer a impossibilidade de se realizar além do mínimo existencial – por ela definido como a saúde básica – nas demandas que versem sobre saúde. Entende a autora que a população que mais precisa da prestação da saúde pública é a população mais carente, que não possuiria acesso à jurisdição constitucional, manejada, geralmente, pelas classes médias e abastadas.

Em sua análise:

A primeira dificuldade diz respeito à atuação do juiz e a suas impressões psicológicas e sociais, que não podem ser desconsideradas. Um doente com rosto, identidade, presença física, e história pessoal, solicitando ao juízo uma prestação de saúde – não incluída no mínimo existencial nem autorizada por lei, mas sem a qual ele pode vir mesmo a falecer – é percebido de forma inteiramente diversa da abstração etérea do orçamento e das necessidades do restante da população, que não são visíveis naquele momento e tem sua percepção distorcida pela incredulidade do magistrado, ou ao menos pela fundada dúvida de que os recursos públicos estejam sendo efetivamente usados na promoção de saúde básica (BARCELLOS, 2008, p. 305).

Por isso, aposta na saúde básica como critério de limitação da concessão de tutelas de saúde, afinal: “é difícil imaginar que a sociedade brasileira seja capaz de custear (ou deseje fazê-lo) toda e qualquer prestação de saúde disponível no mercado para todos os seus membros” (BARCELLOS, 2008). Nesses termos, qualquer tutela que ultrapasse esse mínimo, se configuraria em ativismo judicial, ou seja, feriria a legitimidade da atuação judiciária. Sua posição, contudo é minoritária, sobressaindo no Brasil, à aplicação direta e quase irrestrita da literalidade do artigo 196 da CFRB/88, que cuida de lembrar que a saúde é “gratuita e integral”.

Culmina do exposto, que ainda que meio profícuo para a concretização do

direito à saúde, o procedimentalismo de origem alexyana corre o sério risco de comprometer a linha tênue que procura separar liberdades públicas e direitos sociais, vez que a par do escopo de concretização da norma jurídica pelo magistrado, perde-se a visão macro dos programas nacionais que visam promover e aperfeiçoar a saúde que é prestada de forma igualitária para todos.

Outrossim, culmina por soçobrar a separação dos poderes, vez que o juiz passa a instituir políticas públicas que culminaram por tornar-se obrigatórias frente todas as demais situações que se afigurem como iguais, criando um poder de legislatura arriscado e que não possui ferramentas eficazes para controle – considerando para tanto o poder de livre convencimento motivado do magistrado e a falta de processo democrático para a escolha dos juízes. Assim, em que pese a alta carga concretizadora do princípio, o substancialismo alexyano deve ser observado com cautelas.

4.3 A VISÃO SUBSTANCIALISTA DE RONALD DWORKIN – POR UMA SAÚDE COM INTEGRIDADE E COERÊNCIA

A visão construtivista do direito, alicerçada no substancialismo de Ronald Dworkin – e aqui tratada no item 1.3.2 – se baseia centralmente na visão de uma comunidade jurídica alicerçada em princípios, o que impende destacar que tais princípios seriam fundamentos das regras jurídicas e não aberturas normativas para elementos axiologizantes – como pugna Alexy.

Cumprir estabelecer de antemão que Dworkin volta seu *Império do Direito* ao *common law* americano, razão pela qual sua aplicação irrestrita, no campo do direito à saúde ou de qualquer outro direito, não pode ser observada no Brasil (DUARTE, 2012). É dizer, não se poderia buscar por uma teoria sem sua filtragem constitucional adequada, apropriada para países de modernidade tardia.

De se observar, assim, que no Brasil o maior defensor das ideias do americano é Lênio Luiz Streck, que procura construir uma teoria da Constituição adequada a países periféricos. Para o autor, a posição de Dworkin quanto aos princípios constitucionais produz importante característica para se evitar decisões discricionárias pelo Judiciário (STRECK, 2012), mitigando o danoso ativismo judicial.

Disso exsurtem as seguintes considerações: i) a Constituição, como fundamento de validade do sistema, informa os princípios sobre os quais se alicerça

a sociedade, devendo todas as normas lhe devotar coerência, formando um sistema íntegro e ii) a aplicação do direito, a fim de realizar a integridade, deve ter assente uma teoria construtiva da decisão.

Nesse sentido, a primeira observação que se impõe é de que, sendo os princípios as estruturas fundantes da sociedade, a Constituição, como texto normativo que funda determinada comunidade jurídica, cuida de assegurar-lhes, afim de que o constituir-a-ação daquela comunidade não seja perdida. “Isso significa afirmar que, enquanto a Constituição é o fundamento de validade (superior) do ordenamento consubstanciadora da própria atividade político-estatal, a jurisdição constitucional passa a ser condição de possibilidade do Estado Democrático de Direito” (STRECK, 2014, p. 37), vez que caberá ao magistrado determinar o conteúdo e amplitude de tais princípios, tornando a Constituição promessa ou *práxis*.

Outra importante dedução pode ser retirada: cabe ao judiciário o controle de constitucionalidade da omissão legislativa ou executiva, vez que, uma vez constitucionalizados, tais princípios se tornam verdadeira cláusula de barreira contra a ingerência desses poderes. Como deixa assente o autor: “[...] o Estado Democrático de Direito não admite discricionariedade (nem) para o legislador, porque ele está vinculado a Constituição” (STRECK, 2014, p. 117).

É, contudo, no estabelecimento de uma teoria da decisão adequada que se debruça o autor. Streck (2014) define, assim, cinco princípios que possibilitariam uma decisão íntegra e coerente, dentro da estrutura que pugna o direito brasileiro: preservar a autonomia do direito, controlar hermeneuticamente as decisões judiciais, respeitar efetivamente a integridade e a coerência do direito, a existência de um dever fundamental de justificar as decisões e o direito fundamental a uma resposta constitucionalmente adequada.

Assim, inicialmente, deve o julgar preservar a autonomia do direito, evitando os agentes endógenos – tais como a aposta no discricionarismo judicial fundado numa leitura decisionista da proporcionalidade alexyana e o panprincipiologismo¹² –

¹² Analisa Streck: “Trata-se desse modo, por assim dizer, de um conjunto de ‘critérios aplicativos’ cognominados de ‘princípios, os quais, reconheço, podem ser importantes na busca de soluções jurídicas na cotidianidade das práticas judiciárias, mas que, em sua maior parte, possuem nítidas pretensões de metarregras, além de, em muitos casos, sofrerem de tautologia” (STRECK, 2012, p. 537). E complementa: “‘Positivaram-se os valores’: assim se costuma anunciar os princípios constitucionais, circunstância que facilita a ‘criação’, em um segundo momento, de todo tipo de ‘princípio’, como se o paradigma do Estado Democrático de Direito fosse a ‘pedra filosofal da legitimidade principiológica’, da qual pudessem ser retirados tantos princípios quantos necessários para solvermos os casos difíceis ou ‘corrigir’ as incertezas da linguagem” (STRECK, 2012, p. 518).

e os fatores exógenos como o direito econômico, e a inserção da moral como instrumento de correção do direito (STRECK, 2012, 2014).

Uma análise da saúde sobre esse primeiro princípio impende em verificar: a concessão da tutela de saúde está se baseando em critérios políticos? Ao conceder o procedimento/medicamento/tratamento o Judiciário está se baseando em critérios jurídicos ou *contrario sensu* trata de argumentos alienígenas – como o fato de que todos vão morrer e se juntar a Deus (conforme verificado no item 3.3 ao tratar do *fuzzysmo*)?

Como lembra Streck (2014, p. 332): “O direito é fruto de regras e princípios. Portanto antes de ‘lançar mão’ da razão prática, deve-se buscar a reconstrução histórica institucional da regra e de sua inserção no conjunto principiológico”. É dizer, não pode o julgador recorrer a seus juízos de valoração sobre pena de ferir a autonomia do direito que exige argumentos jurídicos para problemas jurídicos (STRECK, 2012).

O segundo princípio estabelece a necessidade de um controle hermenêutico sobre a decisão constitucional. É dizer: trata-se da “[...] imposição de limites às decisões judiciais” (STRECK, 2014, p. 333), atacando, assim, qualquer discricionariedade do julgador. Cumpriria indagar: a tutela de saúde a ser concedida parte de uma discricionariedade do julgador? Se defiro conforme meu convencimento e ‘minha concepção de direito’, há a necessidade concordância com a história institucional e com a doutrina?

É nesse segundo princípio que se apresenta a impossibilidade de exercício de ‘concessão de todo tipo de medicamento para o tratamento de pacientes renais crônicos’ – conforme a STA 191/AL de relatoria da ministra Ellen Gracie, uma vez que totalmente incompatível com o princípio orçamentário, a razoabilidade e a dignidade da pessoa humana (dado que capaz de comprometer todo serviço público de saúde).

O terceiro princípio trata do respeito efetivo a integridade e a coerência. Segundo Streck (2014, p. 337): “[...] haverá coerência se os mesmos princípios que foram aplicados nas decisões o forem para casos idênticos”, do mesmo modo que “[...] estará assegurada a integridade do direito a partir da força normativa da Constituição” (STRECK, 2014, p. 337).

Uma decisão de saúde, nesse sentido só poderia ser considerada justa, se todos os pacientes que em igual condição buscarem ao judiciário tiverem, de fato, a

mesma sentença. Mais: só poderia ser considerada íntegra se verificasse o ordenamento vigente para o direito, o que significaria uma abordagem não na literalidade do texto constitucional, mas ampliativa a todas as regras que cuidam do tratamento/medicamento/procedimento: como os Protocolos de Diretrizes Clínicas e Terapêuticas – PCDT's e as portarias que cuidam da autorização de medicamentos pela ANVISA. Essa característica afastaria, ainda, a incidência do efeito *fuzzy*, pois obrigaria o Judiciário à apreciação do direito social em sua inteireza.

O quarto princípio cuida do dever de fundamentação da decisão. Para Streck (2014, p. 341): “[...] por este princípio, é possível discutir a aplicação do direito à partir da historicidade [...] isso, porque o dever de fundamentar significa uma blindagem contra historicismos e a-historicidades”. E complementa: “Há que levar em conta, ademais, que justificar quer dizer fundamentar. E que isso vai muito além de motivar. Posso ter vários motivos para fazer algo, mas talvez nenhum deles seja justificado” (STRECK, 2014, p. 341).

Uma tutela de saúde, nesse sentido, deve se atentar necessariamente a fundamentação, que pode advir de legislação infraconstitucional ou de leitura sistemática do ordenamento jurídico. Daí porque se concordar com Gilmar Mendes quando da STA 175 fixou leitura que privilegie o discurso construtivo da decisão: o direito é oferecido pelo SUS e possui PCDT? Se não, o tratamento alternativo que se pugna possui similar no SUS com a produção dos mesmos efeitos? Se não, tal tratamento é oferecido com segurança médica sendo reconhecido pela ANVISA? Se não, embora em estudo, possui ampla aceitação na comunidade médica? Trata-se, pois, de roteiro que privilegia uma ampla fundamentação/justificação da decisão.

Há que se consignar, pois, que o dever fundamentar é uma verdadeira *accountability*¹³. Como afirma Streck (2014, p. 318):

Nesse ponto, cabe uma advertência: quando eu sustento o dever de *accountability* não estou simplesmente dizendo que a fundamentação ‘resolve’ o problema decorrente, por exemplo, do livre convencimento (que está no projeto do novo Código de Processo Penal), da livre apreciação da prova (que está no projeto do Novo Código de Processo Civil) ou da discricionariedade. Não é isso. *Accountability*, nos moldes em que proponho

¹³ “*Accountability* é um termo proveniente da língua inglesa, conceito chave no estudo da pública e na prática do serviço público, não existindo tradução exata para a língua portuguesa. Não obstante a dificuldade de conceituação etimológica da palavra em português, o significado deste verbete estrangeiro remete à ideia de obrigação, que os integrantes dos órgãos representativos possuem de prestar contas a fim de proporcionar o controle das suas respectivas gestões, por isso, é considerado um aspecto central da governança, tanto na esfera pública quanto privada” (SANTOS, s.a.).

quer dizer fundamentação da fundamentação.

Trata-se, assim, de reconhecer a necessidade, nos termos propostos por Dworkin da devida reconstrução histórica da regra e o estabelecimento de sua coerência com o sistema de princípios.

O último princípio estabelece um direito fundamental a uma resposta constitucionalmente adequada. Nas palavras de Streck (2014, p. 343): “Esse princípio se traduz na garantia de que cada cidadão tenha sua causa julgada a partir da Constituição e de que haja condições de se aferir se a decisão está ou não constitucionalmente adequada”.

E mais: seria um direito fundamental abarcado pela Carta Maior, vez que ao artigo 93, IX da CRFB/1988, “[...] do mesmo modo que há o dever de fundamental de justificar/motivar as decisões, existe também o direito fundamental à obtenção de respostas corretas/adequadas a Constituição” (STRECK, 2012, p. 619). É dizer, o dever de fundamentar traria implícito o dever de responder corretamente – ou seja, de modo constitucionalmente adequado.

Por fim, e buscando assegurar que a possibilidade de um sistema fundado em princípios não cause o esvaziamento da regra, Streck (2014) vai afirmar que uma regra só pode deixar de ser aplicada em seis hipóteses: quando a lei (ou ato normativo) for inconstitucional¹⁴, quando for o caso de aplicação de solução de antinomias, quando aplicar a interpretação conforme a Constituição¹⁵, quando aplicar a nulidade parcial sem redução de texto, quando regra – por razões de história institucional não condizer com o princípio que a orienta e, por fim quando se tratar de declaração de inconstitucionalidade com redução de texto. Cria assim, cenário que procura evitar ao máximo o alargamento do poder discricionário do

¹⁴ Nessa seara se encaixa a liberação do medicamento fosfoetanolamina, medicamento experimental desenvolvido pela USP. Recentemente alvo da ADI 5501 devido a edição da Lei nº 13.269/2016 que tornou obrigatória sua dispersão pelo SUS, a medicação não possui qualquer tipo de comprovação de sua eficácia, colocando em risco a segurança e a saúde públicas. No contexto que se desenvolve essa exposição, trata-se de lei inconstitucional, na medida em que ofende a dignidade da pessoa humana, o direito à saúde (segura).

¹⁵ Exemplo típico dessa proposição é trazida por Pivetta (2014, p. 153) ao tratar da Portaria MS/SAS 90/2011 que “limitou em 15% a quantidade de pacientes portadores de Leucemia Mielóide Crônica (LMC) que poderão receber medicamento de segunda linha para o tratamento da doença”. Nos tratamentos oncológicos é comum a divisão por linhas, situação em que, não obtendo sucesso na primeira, o paciente passa as subsequentes. Ao limitar o número de pacientes que poderiam ascender ao tratamento de segunda linha o Ministério da Saúde criou limitação que a Constituição expressamente veda ao garantir a igualdade e a integralidade. Trata-se, pois, de situação em que deve ser afastada a regra para a garantia do princípio, a fim de se garantir a hermenêutica mais adequada.

magistrado.

Note-se assim, que a par de permitir a concretização do direito à saúde (ao inverso do modelo procedimentalista), o substancialismo visto a partir de Dworkin – e aqui trazido ao debate brasileiro por Lênio Streck – tem forte carga antidiscricionária, buscando conter os excessos de poder do Judiciário.

Possibilita, assim, através da *accountability* e da construção de um direito sobre a integridade e a coerência, um modelo alternativo que, a par do substancialismo alexyano, culmina por concretizar sem perder de vista o equilíbrio do Estado Democrático de Direito entre liberdades individuais e direitos coletivos, já que busca construir, *in concreto* – com os olhos no presente, mas com vistas a história institucional e a melhor aplicação para o futuro – o direito que será tutelado pelo judiciário.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Através de uma análise da relação Teoria do Estado/Constitucionalismo/Direitos Fundamentais, buscou-se demonstrar que há profunda imbricação entre esse trinômio, configurando diferentes arranjos jurídicos através dos tempos. Nesse sentido, o modelo de Estado democrático de Direito que emerge com o modelo neoconstitucionalismo, traz a lume uma Carta Constitucional de natureza normativa, que se coloca no centro do ordenamento jurídico, exigindo ferramentas para sua concretização.

Nesse novo cenário, a jurisdição constitucional mostrou-se dividida: de um lado a busca pela concretização de seu texto (vez que norma jurídica), gerou a discussão a cerca das possibilidades da análise material desses direitos, ficando os favoráveis ligados ao paradigma do substancialismo e os contrários ao paradigma procedimentalista. Do problema que aqui se cuidou, é dizer: de qual paradigma é mais profícuo a concretização do direito à saúde no Brasil, soçobrou, ainda, a necessidade de compreender melhor esse direito, a fim de verificar que paradigma melhor se coaduna ao mesmo.

Foi nesse sentido que se verificou que a saúde sempre foi um problema social em *terrae brasiliis*. Totalmente despida da característica de um direito vinculado a vida humana digna, arrefeceu-se como mera instrumentalidade do Estado, sendo tratada como mera contenção de epidemias para não prejudicar os interesses econômicos do capital.

Exilada junto ao direito dos trabalhadores – que excluía, pois, todos aqueles que não eram empregados, migrou entre as diversas Constituições sem qualquer infra-estrutura que desse suporte satisfatório a cura e a prevenção das doenças. O direito à saúde chega a CRFB/1988, assim, sem nunca ter sido efetivamente

garantido. Com ele, emergiram séculos de demandas reprimidas por tratamentos/medicações/procedimentos. A garantia de uma saúde integral levou a população às portas do judiciário – eis o *busílis*: que quer dizer princípio? Como ele deve ser interpretado?

Para lidar com o quadro, o Brasil importou uma série de técnicas estrangeiras. O ativismo judicial norte americano, e a ponderação proposta por Robert Alexy foram as mais expressivas. A saúde, nesse contexto, passou a ser visualizada numa ponderação entre meios e fins, nos quais, muitas vezes, valores totalmente desvinculados ao direito endossaram a existência de um verdadeiro *fuzzysmo*, deixando claras as dificuldades que se ancoraram na doutrina para cuidar dos direitos sociais.

Vislumbrou-se, pois, que a análise dos paradigmas jurisdicionais poderia dar uma resposta mais adequada às necessidades da tutela da saúde, verificando assim que paradigma é mais condizente para a concretização desse direito sem minimizar ou solapar o Estado Democrático de Direito. Desse cenário, foram aferidas as conclusões que se seguem:

- I. A possibilidade de concretização do texto constitucional é um debate recente, vez que historicamente a Constituição tinha papel político, não sendo dotada de normatividade. Importa avivar, nesse sentido, que via de regra suas disposições serviam meramente como inspiração ao poder soberano, servindo de base para a estruturação de uma separação de poderes e demonstrando um compromisso político em não se imiscuir em assuntos individuais – liberdades negativas. O critério de separação dos poderes é tão importante, que não se considera detentor de Constituição o Estado que não estabelece um sistema de repartição de poderes e competências.
- II. Verificou-se inicialmente, assim, que a passagem entre os diferentes modelos de Estado, se coaduna com uma tônica mais forte em um dos poderes instituídos. Assim, o Estado Liberal, advindo das revoluções francesa e americana, em busca de assegurar o máximo de ingerência do Estado em suas relações individuais, colocava o Legislativo como poder forte, não aceitando sua limitação sob nenhuma rubrica. O Estado Social, por sua vez, em busca da igualdade material e apostando na consecução de políticas públicas pelo

Estado, deslocou parcela do poder ao Executivo, responsável por gerir a coisa pública e tornar possíveis os direitos sociais. Por fim, o Estado Democrático de Direito, fruto do movimento neoconstitucionalista, através do surgimento da força normativa da Constituição, engendrou uma expansão da jurisdição constitucional, levando a tônica dos tempos hodiernos em direção ao Judiciário.

- III. A Constituição Brasileira fruto do movimento neoconstitucionalista, surge como um imenso rol de direitos e garantias fundamentais exigindo a abertura de um debate que traga a lume uma nova teoria da decisão que possibilite ao Judiciário lidar com as regras e os princípios – ambos dotados de normatividade. Nesse contexto, a busca por critérios de interpretação dos princípios vai levar a diferentes paradigmas constitucionais que remontam a teorias procedimentalistas e substancialistas. As primeiras acreditando que o Judiciário não poderia se imiscuir em políticas públicas e as últimas julgando que é dever do Judiciário proteger os direitos concedidos pela Carta Magna.
- IV. O paradigma procedimentalista que aqui se buscou debater parte de Habermas e tem como escopo a autonomia dos indivíduos e o discurso democrático. Baseado em ideários liberais e fortemente vinculado às liberdades públicas, o filósofo da escola de Frankfurt determinará que um direito pode ser considerado legítimo quando devidamente constituído pelos atores sociais através do discurso. Nesse sentido, caberia a Constituição assegurar apenas os procedimentos para a ordenação desse discurso, permitindo que os indivíduos fundem o direito e sintam-se seus coparticipantes. A jurisdição, nesse modelo, deveria apenas corrigir possíveis ruídos no procedimento, não podendo entrar na matéria dos conteúdos dos direitos. Habermas cuida, assim de estabelecer uma democracia meramente formal. Os indivíduos terão tantos direitos quanto buscarem estabelecer discursivamente.
- V. O paradigma substancialista, ao contrário, não acredita que o estabelecimento de processos seja o suficiente para a concretização dos direitos, principalmente em países de modernidade tardia, onde as promessas do Estado Social não foram cumpridas e a maior parte da população carece de direitos fundamentais básicos, não se podendo falar em autodeterminação e autonomia. Nesse

contexto, verificou-se a existência de dois substancialismos diversos que, sob a perspectiva de encontrar de realizar os direitos fundamentais dando-lhes conteúdo e extensão, terminam por criar expectativas de direito distintas. Assim, verificou-se que a Jurisprudência dos Valores de Robert Alexy e o Construtivismo de Ronald Dworkin. A principal diferença entre os autores é o papel que o princípio estabelece no Direito. Para o primeiro, os princípios são mandados de otimização que indicam que o Estado se organiza numa ordem suprapositiva de valores. Possuem assim, natureza axiológica, servindo de abertura para valores consagrados pela sociedade no seio jurídico. Para o segundo, os princípios seriam deontológicos, sendo fruto de uma coparticipação entre o direito e a moral social. Sobre eles se edificariam as regras, de tal forma que uma regra sempre teria um princípio que a informa, e o princípio seja sempre um critério de fechamento e não de abertura do sistema jurídico.

- VI. Buscando uma reconstrução da saúde, verificou-se que muito pouca atenção foi dada a este direito durante a sucessão das constituições que se apresentaram, havendo, na maioria das vezes, uma busca apenas pela repartição de competências, sendo geralmente atribuída a Previdência Social a responsabilidade pela prestação das políticas de saúde. Assim, evoluindo de um modelo tipicamente campanhista que fazia compulsório os programas de saúde coletiva (como a vacinação e a imunização), a saúde passou a ser prestada aos trabalhadores por Caixas de Assistência, que compuseram o INPS e depois o INAMPS. A estrutura, contudo, era precária e o sistema não conseguia arcar com a demanda reprimida, que à época, consistia apenas em trabalhadores, excluindo outros cidadãos.
- VII. Com o Advento da Constituição de 1988 e a positivação do direito fundamental à saúde, firmemente atrelado ao princípio da dignidade da pessoa humana, o Estado passou a ser responsável por conceder acesso integral e gratuito à saúde, no entanto, tinha como estrutura para a prestação do serviço a mesma que já operava antes da promulgação da Constituição. Por esse motivo, a demanda, que já era reprimida, aumenta de forma substancial, fazendo com

que milhões se direcionassem ao judiciário em busca da garantia do direito a prestação da saúde pública.

- VIII. O direito à saúde, assim, passou a lidar com a possibilidade do judiciário se colocar em destaque para o reconhecimento de uma prestação, seja ela um procedimento, um medicamento ou um tratamento. Surgiu assim o debate acerca da judicialização e do ativismo judicial. O primeiro reconhecendo que o aumento crescente de demandas na área de saúde é uma consequência natural de ter uma Constituição que assegura direitos e garantias, o segundo partindo de uma atividade judicial que se infiltra, diretamente, na realização de competências de outros poderes – mormente o Legislativo na edição de leis e o Executivo no destino dos orçamentos públicos.
- IX. Essa tutela de saúde, contudo, se alicerça sobre um desconhecimento dos juristas sobre a estrutura dos direitos sociais, suas formas de positivação no ordenamento jurídico, e das políticas estabelecidas pelo Executivo. Assim se observou que ao cuidarem dos discursos de fundamentação da saúde, os magistrados o fazem sem muito conhecimento técnico do assunto, surgindo o que se propagou como *fuzzismo*. Verificou-se, outrossim, que o direito à saúde possui forte regulamentação que daria pouquíssima possibilidade de abertura para seu controle de omissão inconstitucional, e tornaria exponencial o controle de legalidade.
- X. No campo da jurisdição, ficou assentado que o paradigma dominante no Brasil é o substancialista, visto pela perspectiva de Alexy. Nesse sentido, a lei do sopesamento tem sido primordial para a dissolução dos conflitos sanitários, mediante a qual se verifica a incidência da necessidade de realização de um mínimo vital – proibição da proteção insuficiente – ou de sustentação de uma reserva orçamentária do Estado – proibição do excesso. Notou-se, ainda, que no mais das vezes as decisões repetem à íntegra o texto constitucional, tornando o direito à saúde um direito quase absoluto, ainda que em situações que em tese não comporiam um mínimo vital, como o deferimento de medicação para calvice, por exemplo.

- XI. Buscando, por fim, aferir qual paradigma é o mais benéfico a concretização do direito à saúde, observou-se inicialmente que não poderia ser o paradigma procedimental puro, vez que esse, em países de modernidade tardia como o Brasil, termina por desvirtuar o discurso, haja vista: que há a necessidade de igualdade material para o exercício democrático; que a existência de um modelo de democracia delegativa centralizada no Executivo impede o livre discurso do Legislativo; e que, também, o caráter fragmentário do jogo democrático realizado no Brasil acaba por não legitimar o processo democrático, abrindo margem, ainda para uma ditadura da maioria.
- XII. O paradigma substancialista, visto a partir de Alexy, nos moldes aplicados pelo Brasil, também se demonstrou inviável para a concretização fática do direito à saúde. Aqui, às avessas do ocorrido no procedimentalismo, o excesso de poder legado a magistratura ameaça o surgimento de uma “ditadura da toga”, sendo o método de ponderação realizado de maneira decisionista, acarretando uma série de posturas ativistas e discricionárias. O risco, frente a constante concessão de tutelas de saúde, é que haja uma perda significativa da qualidade do próprio sistema de saúde em vista da realização dos direitos deferidos judicialmente.
- XIII. Por fim, observou-se que a par das críticas quanto ao juiz Hércules, o modelo substancialista baseado em Ronald Dworkin é o que melhor se amolda a concretização fática do Direito à saúde, vez que permite uma construção da decisão judicial que beneficie a coerência e a integridade do direito. Nesse sentido, a discricionariedade judicial é mitigada pela exigência da coerência e o dever de fundamentação. *Accountability*, nesse sentido, passa ser o dever de fundamentar o fundamentado, criando maior segurança jurídica e tratamento isonômico na concretização do direito à saúde.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALEXY, Robert. **Teoria da argumentação jurídica**. Tradução: Zilda Hutchinson Schild Silva. 2. ed. reimp. São Paulo: Landy Editora, 2008b.

ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução: Virgílio Afonso da Silva. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2008a.

ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios**: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 16. ed. São Paulo: Malheiros, 2015.

BARCELLOS, Ana Paula de. **A eficácia jurídica dos princípios constitucionais – o princípio da dignidade da pessoa humana**. 2. ed. rev. amp. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

BARROSO, Luís Roberto. Ano do STF: judicialização, ativismo e legitimidade democrática. **Conjur**. 22 de dezembro de 2008. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2008-dez-22/judicializacao_ativismo_legitimidade_democratica>. Acesso em: 10 maio 2016.

BARROSO, Luis Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito – O triunfo tardio do direito constitucional no Brasil. **Jus Navegandi**. São Paulo, 19 mai. 2015. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/7547/neoconstitucionalismo-e-constitucionalizacao-do-direito>> Acesso em: 05 nov. 2015.

BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. 5. ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

BONAVIDES, Paulo. **Ciência política**. 20. ed.. São Paulo: Malheiros, 2013.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Malheiros, 2005.

BRASIL. Constituição (1824) **Constituição Política do Império do Brasil**. Rio de Janeiro, 1824. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao24.htm>. Acesso em: 25 maio 2016.

BRASIL. Constituição (1934) **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil**. Rio de Janeiro, 1934. Disponível em: <

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao34.htm>. Acesso em: 25 maio 2016.

BRASIL. Constituição (1937) **Constituição dos Estados Unidos do Brasil**. Rio de Janeiro, 1937. Disponível em: <
http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao37.htm >. Acesso em: 25 maio 2016.

BRASIL. Constituição (1967) **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, 1967. Disponível em: <
http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao67.htm>. Acesso em: 25 maio 2016.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 10 mar. 2016.

BRASIL. **Decreto nº 591, de 6 de julho de 1992**. Atos Internacionais. Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais. Promulgação. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0591.htm>. Acesso em: 26 maio 2016.

BRASIL. **Decreto-lei 4.682 de 24 de janeiro de 1923**. Cria, em cada uma das empresas de estradas de ferro existentes no país, uma caixa de aposentadoria e pensões para os respectivos empregados. Disponível em <
http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/Historicos/DPL/DPL4682.htm>. Acesso em: 25 maio 2016.

BRASIL. **Emenda constitucional nº 1 de 17 de outubro de 1969**. Edita o novo texto da Constituição Federal de 24 de janeiro de 1967. Brasília, 1967. Disponível em: <
http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Emendas/Emc_anterior1988/emc01-69.htm>. Acesso em: 25 maio 2016.

BRASIL. **Lei 8.080 de 19 de setembro de 1990**. Dispõe sobre as condições para a promoção, proteção e recuperação da saúde, a organização e o funcionamento dos serviços correspondentes e dá outras providências. Disponível em:
<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8080.htm>. Acesso em: 18 fev. 2016.

BRASIL. **Lei nº 13.269, de 13 de abril de 2016**. Autoriza o uso de fosfoetanolamina sintética por pacientes diagnosticados com neoplasia maligna. Disponível em: <
http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2016/Lei/L13269.htm>. Acesso em: 20 jun. 2016.

BRASIL. Ministério da Saúde. **8ª conferência nacional de saúde: relatório final**. Brasília, 1986. Disponível em:
<http://conselho.saude.gov.br/biblioteca/relatorios/relatorio_8.pdf>. Acesso em: 10 abr. 2016.

BRASIL. Ministério da Saúde. Secretaria de Atenção à Saúde. **Curso básico de controle, regulação e auditoria do SUS**. Brasília: Ministério da Saúde, 2011.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. AgRE nº 827 997 – Rio de Janeiro. Paciente com anemia falciforme e nefropatia crônica. Pessoa destituída de recursos financeiros. Direito à vida e à saúde. Relator: Ministro Celso de Mello. Brasília, DF, 22 de setembro de 2014. **Lex:** DJe, Brasília, 03 out. 2014.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. STA nº 198 – Minas Gerais. Relator: Ministro Gilmar Mendes. Brasília, DF, 22 de dezembro de 2008. **Lex:** DJe Brasília, 03 de jan. de 2009.

BRASIL. Supremo tribunal Federal. STA nº 91 – Alagoas. Relator: Ministra Ellen Gracie. Brasília, DF, 22 de fevereiro de 2007. **Lex:** DJe, Brasília, 05 mar. 2007.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Suspensão de Segurança. Agravo Regimental. Saúde Pública. Direitos Fundamentais Sociais. STA nº 175 AgR - CEARÁ. Relator: Ministro Gilmar Mendes. Brasília, DF, 13 de janeiro de 2010. **Lex:** DJe Brasília, 29 abr. 2010

CAMBI, Eduardo. **Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo:** direitos fundamentais, políticas públicas e protagonismo judiciário. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

CANCIAN. Natália. Ação judicial para acesso ao SUS explode em cinco anos. **Folha de S. Paulo**. Brasília, 07 mar. 2015. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/cotidiano/2015/03/1599582acaojudicialparaacessoaosusexplodeemcincoanos.shtml>>. Acesso em: 04 out. 2015.

CIARLINI. Alvaro Luis de A.S. **Direito à saúde: paradigmas procedimentais e substanciais da Constituição**. São Paulo: Saraiva, 2013

COTRIM, Gilberto. **Fundamentos de Filosofia:** história e grandes temas. 16. ed. reform. amp. São Paulo: Saraiva, 2006.

COURA, Alexandre. **Hermenêutica jurídica e jurisdição (in) constitucional:** para uma crítica da “jurisprudência dos valores” à luz da teoria discursiva de Habermas. Belo Horizonte: Mandamentos, 2009.

DALLARI, Sueli Gandolfi. NUNES JR., Vidal Serrano. **Direito Sanitário**. São Paulo: Verbatim, 2010.

DINIZ, Márcio Augusto de Vasconcelos. **Constituição e hermenêutica constitucional**. Belo Horizonte: Mandamentos, 1998.

DUARTE, Bernardo Augusto Ferreira. **Direito à saúde e teoria da argumentação:** em busca da legitimidade dos discursos jurisdicionais. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2012.

DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Tradução: Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

DWORKIN, Ronald. **O Império do Direito**. Tradução: Jeferson Luiz Camargo. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2014.

FERRAZ JR., Tércio Sampaio. **Introdução ao estudo do direito**: técnica, decisão, dominação. 6. ed. rev. ampl. São Paulo: Atlas, 2011.

FRANÇA. **Declaração dos direitos do homem e do cidadão** (1789). Tradução: Marcos Cláudio Acqua Viva. Disponível em: <<http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Documentos-anteriores-%C3%A0-cria%C3%A7%C3%A3o-da-Sociedade-das-Na%C3%A7%C3%B5es-at%C3%A9-1919/declaracao-de-direitos-do-homem-e-do-cidadao-1789.html>>. Acesso em: 01 abr. 2016.

GUERRA FILHO, Willis Santiago. **Processo constitucional e direitos fundamentais**. 5. ed. rev. ampl. São Paulo: RCS Editora, 2007.

HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia entre facticidade e validade**: Volume I. Tradução: Flávio Beno Siebeneichler. 2. ed. reimp. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2012.

HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia entre facticidade e validade**: Volume II. Tradução: Flávio Beno Siebeneichler. 1. ed. reimp. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2011.

MACIEL, José Fábio Rodrigues. **Formação humanística em direito**. São Paulo: Saraiva, 2012.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Teoria geral do processo**. 7. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

NEVES, Marcelo. Observatório constitucional: Judiciário intensifica privilégios de acesso à saúde. 19 de outubro de 2013. **Consultor Jurídico**. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2013-out-19/observatorio-constitucional-judiciario-intensifica-privilegios-acesso-saude>>. Acesso em: 20 jun. 2016.

OMS. **Constituição da Organização Mundial de Saúde**. Tradução: Biblioteca Virtual de Direitos Humanos da USP. Disponível em: <<http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/OMS-Organiza%C3%A7%C3%A3o-Mundial-da-Sa%C3%BAde/constituicao-da-organizacao-mundial-da-saude-omswho.html>>. Acesso em: 25 maio 2016.

PIVETTA, Saulo Lindorfer. **Direito fundamental à saúde**: regime jurídico, políticas públicas e controle judicial. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

PORTUGAL. **Constituição da República Portuguesa de 1976**. Disponível em: <<https://www.parlamento.pt/Legislacao/Paginas/ConstituicaoRepublicaPortuguesa.aspx>>. Acesso em: 30 mar. 2016.

SANTOS, Pâmela de Moura. **Accountability vertical no Brasil: o exercício da democracia participativa e a necessidade de informatização**. s.a. Disponível em: <<http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=73eb26ad4e0c9d3f>>. Acesso em: 15 jun. 2016.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 5. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos Direitos Fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

SARLET, Ingo; FIGUEIREDO, Mariana. **Direito fundamental a proteção e promoção da saúde no Brasil: principais aspectos e problemas**. Disponível em: <<https://d24kgseos9bn1o.cloudfront.net/editorajuspodivm/arquivos/ingo.pdf>>. Acesso em: 04 jan. 2016.

SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das normas constitucionais**. 7. ed. 2. tiragem. São Paulo: Malheiros, 2008a.

SILVA, José Afonso da. **Comentário contextual à Constituição**. São Paulo: Malheiros, 2008b.

SIQUEIRA JR, Paulo Hamilton. **Direito Processual Constitucional**: de acordo com a reforma do Judiciário. São Paulo: Saraiva, 2016.

STRECK, Lênio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise**: uma exploração hermenêutica da construção do direito. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

STRECK, Lênio Luiz. **Jurisdição constitucional e hermenêutica jurídica**. 4. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.

STRECK, Lênio Luiz. **Verdade e Consenso**: constituição, hermenêutica e teorias discursivas. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.